This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 174 850

Bd. Feb. 1907

HARVARD LAW LIBRARY

Received Jan. 16, 1907

France

Jan 18

5B

C

TRAITÉ PRATIQUE

DU

DIVORCE

ET DE LA

SÉPARATION DE CORPS

OUVRAGE CONTENANT

L'analyse complète de la procédure
et de la jurisprudence française et étrangère
relative au divorce

ET SUIVI D'UN FORMULAIRE SPÉCIAL A LA PROCÉDURE DU DIVORCE
ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

PAR

M. ROBERT FREMONT

Avocat à la Cour d'appel,
Rédacteur au *Recueil général des Lois et des Arrêts de Sirey*
et du *Journal du Palais.*

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ AINÉ
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR
20, RUE SOUFFLOT, 20.

1884

Tous droits réservés.

3

+

Rec. Jan 16, 1907

INTRODUCTION

Dans le rapport magistral qu'il présentait à la Chambre des députés, le 7 février 1881, M. Léon Renault s'exprimait ainsi :

« Si intéressante et si douloureuse parfois que soit la situation des époux séparés ou de celui des deux époux séparés qui a été la victime dans le mariage, il n'y aurait certes pas là une raison suffisante pour établir le divorce, si réellement le divorce mettait en péril, dans une mesure quelconque, la solidité de l'union conjugale, telle qu'il importe qu'elle demeure, forte et respectée, centre et point de départ de la société. »

Le mariage crée un ensemble d'obligations morales, un lien de conscience sanctionné par les articles du Code civil qui règlent les devoirs respectifs des époux (art. 212 et suiv.). Que reste-t-il de ces obligations qui constituent l'essence même de l'état de mariage, lorsque la séparation de corps est prononcée ? Que reste-t-il du devoir réciproque de secours et d'assistance des époux l'un envers l'autre, imposé par l'article 212? Que reste-t-il du devoir d'obéissance et de protection con-

tenu dans l'article 213, et du devoir de cohabitation de l'article 215? — Rien. — Un scandale, une permission de tout faire, l'impossibilité pour les époux de réparer leur faute ou d'oublier le passé dans la paix d'une union régulière.

En présence de semblables résultats, on conçoit que pour garder dans notre Code civil un principe comme celui de l'indissolubilité du mariage, il a fallu, par une contradiction bizarre, placer cette institution au-dessus des lois humaines.

Aussi de tous les problèmes sociaux qu'ont agités les hommes de notre génération soit du haut de la chaire catholique, soit au théâtre, dans la presse ou dans le sein de nos Assemblées législatives, le divorce est, sans aucun doute, celui à propos duquel il a été le plus parlé du droit naturel, de la loi morale et de leur antinomie avec le droit positif.

C'est que jamais, en effet, à aucune époque de l'histoire du droit, il n'aura été plus utile d'aborder ces graves questions.

En empruntant au droit naturel l'indissolubilité du mariage, le législateur avait dû considérer le mariage lui-même comme une émanation de la justice divine, s'adressant à l'homme civilisé aussi bien qu'à l'homme à l'état de nature, et participant de l'immutabilité idéale de l'ordre éternel des choses.

Si belle que puisse être une théorie reposant sur de pareils principes, nous ne saurions l'accepter sans réserves.

Qu'on ne se méprenne point toutefois sur notre pen-

sée. Nous n'avons nulle envie de nier l'existence d'une loi morale en quelque sorte innée chez l'homme, siégeant dans son for intérieur et commandant à sa conscience. Mais nous pensons que, s'il est une loi morale, il n'est pas donné à l'homme ni d'y conformer strictement ses actes, n'y d'en pouvoir sonder les profondeurs. Il ne lui est pas donné de posséder l'intuition complète de cette loi naturelle, immuable et universelle ; il ne saurait en comprendre *à priori* tous les préceptes, ni en prévoir sans efforts et sans expérience les innombrables applications.

Mais si l'individu est perfectible, il pénétrera de jour en jour davantage les arcanes de cette science divine, car l'humanité qui l'entraîne dans sa marche sans fin voit à chaque étape s'élargir devant elle le champ de ses horizons. Et s'il est dans la nature des hommes de vivre en société, à mesure que la loi morale se révèle aux générations, elles utilisent naturellement dans leurs rapports quotidiens de nation à nation et d'homme à homme cette perception de plus en plus précise, l'adaptent successivement à tous les besoins nouveaux de leur état social, et le principe ainsi conçu par la masse d'un peuple vient bientôt s'inscrire au code de ses lois positives.

Mais les conditions des sociétés humaines sont essentiellement variables dans le temps et dans l'espace; à chaque époque, ses institutions ; à chaque climat, ses exigences. Et les plus belles théories ne préserveront jamais le droit naturel de l'influence des milieux qui d'âge en âge, de continent à continent, dans l'histoire

des deux mondes, métamorphose les formes de la vie.

Le droit naturel, avouons-le, n'est qu'un des aspects de la foi et participe fatalement de la décevante variété des religions.

Qu'en résulte-il? Qu'aucune branche de la famille humaine ne l'applique ni à la même heure ni de la même façon.

Aussi, le mariage écrit dans nos lois doit-il subir comme elles les modifications nécessitées par les transformations de notre état social.

Et si les hommes, trop confiants dans la durée du lien conjugal, en méconnaissent inconsciemment la grandeur par des unions dont l'objet véritable est trop souvent étranger au caractère fondamental de cette institution sacrée ; si le mariage, incessamment en butte aux effets pernicieux d'un état social évidemment corrompu, fléchit chaque jour davantage sous le poids de son indissolubilité, et qu'à cet état de chose il n'y ait qu'un remède, ce remède doit être d'autant plus facilement accepté que nous le trouvons dans toutes les législations voisines comme dans celles qui ont précédé la nôtre.

A toutes les époques, dans presque tous les pays, on a cherché un terme à cette situation intolérable des deux époux chez lesquels les sentiments haineux et vindicatifs ont pris la place de la tendresse et de l'amour qui les avaient primitivement unis. Mais, dans tous les temps, on a fait un grave reproche au divorce. C'est de ne pas respecter le caractère sacré des liens conjugaux, d'affaiblir l'importance et l'autorité de

l'institution du mariage, et, sous prétexte de soulager quelques infortunes imméritées, de troubler profondément la société tout entière.

Pour éviter ce reproche, le législateur doit donc entourer la dissolution du mariage de mesures propres à en restreindre les effets à la personne et aux biens des seuls époux divorcés.

Nous trouvons chez les Juifs le divorce permis et organisé par le Deutéronome. — Mais il est plus intéressant, au point de vue des longues discussions qui se sont élevées chez nous à l'occasion de son rétablissement, de se demander s'il est admis par la religion du Christ.

L'Évangile même fournit deux solutions différentes sur cette question. Saint Luc (chap. XVI, 18) et saint Marc (chap. X, 11, 12) font prononcer à Jésus-Christ des paroles par lesquelles il condamme le divorce d'une façon absolue. Saint Luc, qui rapporte également ces paroles du Christ, ajoute cependant cette restriction : « *Nisi ob fornicationem* » (ch. V, 32) ; *exceptâ fornicationis causâ* (chap. XIX, 9).

Donc, dans l'Évangile selon saint Luc, le Christ, dans un cas, mais dans un seul, permettait le divorce.

A Athènes, le divorce était autorisé. Les formalités étaient même un peu trop simplifiées ; cette facilité donna lieu à de tels abus, que le législateur se vit forcé, pour diminuer le nombre des divorces, de prendre des dispositions purement restrictives du genre de celle-ci : Aucun époux divorcé ne pouvait, d'après la loi de

Charondas, s'unir par un nouveau mariage à un conjoint plus jeune que celui dont le divorce l'avait séparé.

Les Athéniens avaient deux sortes de divorce : le divorce par consentement mutuel, et le divorce réclamé par un seul des conjoints. Les formalités du premier étaient on ne peut plus simples.

Les deux époux comparaissaient devant l'archonte et déclaraient qu'ils avaient l'intention formelle de divorcer. Le magistrat enregistrait cette double déclaration, et les époux étaient désormais libres de contracter une nouvelle union. Lorsque le divorce n'était réclamé que par un seul des conjoints, la demande devait être fondée sur des motifs sérieux. Le mari pouvait, à la vérité, répudier sa femme sans motif ; mais celle-ci pouvait fournir la preuve que son époux n'avait pas de raison valable pour agir ainsi. Dans ce cas, celui-ci était condamné non pas à reprendre sa femme, mais à lui restituer sa dot et à lui payer, sa vie durant, une pension alimentaire.

Il n'y avait pas dans la législation athénienne de causes déterminées de divorce. C'était au juge qu'il appartenait d'examiner, d'apprécier ces causes, et de décider si elles étaient de nature à autoriser la demande en divorce.

Le divorce, selon qu'il était demandé par le mari ou par la femme, s'appelait dans le premier cas αποπομπη, dans le second απολειψις. Dans l'αποπομπη les formalités étaient extrêmement simples ; dans l'απολειψις, au contraire, elles étaient longues, ennuyeuses, pénibles.

Le divorce, on le sait, existait également à Rome. Aulu Gelle (IV, 3), Denys d'Halicarnasse et d'autres encore, rapportent le cas d'un personnage noble, du nom de Carvilius Ruga, qui divorça dans les circonstances suivantes :

Interrogé par le questeur sur la question de savoir s'il était ou non marié, il répondit qu'il était marié *liberorum quærendorum causâ.*— Sa femme étant restée stérile, il divorça sous le prétexte qu'ayant juré de se marier pour avoir des enfants, il ne voulait manquer plus longtemps à ce serment. Cette facilité avec laquelle fut prononcé le divorce de Carvilius Ruga donna le signal d'un relâchement complet des mœurs conjugales. La rupture des unions s'effectua, dès lors, avec une déplorable facilité. — Les prétextes invoqués par les maris dans leurs demandes en divorce étaient presque tous de l'importance de ceux-ci : La femme était sortie nu-tête ; elle avait lié conversation avec une autre dont la réputation était douteuse, ou bien elle s'était rendue au théâtre sans l'autorisation de son mari.

Cicéron, trouvant que sa première femme ne prenait pas assez soin de lui, la répudia ; il répudia la seconde parce qu'elle ne s'était pas assez affligée du trépas de sa fille Tullia. Ce fut en vain que les Empereurs essayèrent d'élever une barrière contre ces désordres scandaleux. Comme ils donnaient eux-mêmes à leurs sujets l'exemple de l'immoralité, on ne vit plus dans toute l'étendue de l'Empire que des unions éphémères et des mariages d'un jour.

Constantin, le premier, mit un terme à ce scandale. Il détermina d'une manière précise les motifs et les causes de divorce. Le divorce par consentement mutuel, admis par les successeurs de Constantin, fut définitivement supprimé par Justinien, qui ne l'autorisait que dans le cas où les époux voulaient prononcer des vœux.

Mais le divorce est-il dans les mœurs des sociétés modernes?

Est-ce une de ces institutions que les idées d'un siècle repoussent sans examen? Non. Voici ce qu'en disait Montesquieu (*Esprit des Lois*, chap. V) : « Une femme qui répudie n'exerce qu'un triste remède. C'est toujours un grand malheur pour elle d'être contrainte d'aller chercher un second mari, lorsqu'elle a perdu la plupart de ses agréments chez un autre. C'est un des avantages des charmes de la jeunesse dans les femmes que, dans un âge avancé, un mari se porte à la bienveillance par le souvenir de ses plaisirs.

« C'est donc une règle générale que, dans tous les pays où la loi accorde aux hommes la faculté de répudier, elle doit aussi l'accorder aux femmes... Le divorce a ordinairement une grande utilité politique, et quant à l'utilité civile, il est établi pour le mari et pour la femme, et n'est pas toujours favorable aux enfants. »

La Révolution française non seulement introduisit le divorce dans notre législation, mais encore, trompée par de fausses vues, égarée dans la voie des revendications et grisée par ses faciles succès sur les traditions de l'ancien monde, elle favorisa outre mesure cette importation des idées nouvelles en interdisant la sépa-

ration de corps. — (Loi du 20 sept. 1792, § 1, art. 1 à 7.)

Le divorce est un mal nécessaire ; c'est ainsi que le Code civil l'a compris ; c'est ainsi que les nombreuses législatures qui se sont succédé depuis 1816 l'ont proposé. Le divorce doit donc avoir pour corrélatif la séparation de corps, et l'on peut considérer comme contraire à la véritable liberté de conscience la loi qui ne proposerait pas aux époux le choix entre ces deux mesures. La rigueur de la loi de 1792 à l'égard des consciences religieuses ; les complaisances trop évidentes encore des auteurs du Code civil pour le divorce devaient nécessairement amener une réaction radicale ; elle arriva en 1816. Les Chambres réactionnaires firent alors une loi purement politique qui supprima purement et simplement le divorce, et maintint la séparation de corps sans s'apercevoir qu'elle érigeait brusquement l'exception en règle générale, et ne rétablissait qu'un principe sans application, car la séparation de corps à l'état d'institution isolée n'avait aucune organisation juridique.

Depuis plus de soixante ans la jurisprudence, à force d'inductions et d'analogies habilement combinées, supplée à l'incurie du législateur de 1816, en faisant revivre au profit de la séparation de corps une grande partie des articles concernant le divorce.

Depuis 1830, jusqu'en 1848, le divorce a été deux fois voté par la Chambre émanée du suffrage restreint, et deux fois rejeté par la Chambre des pairs.

En 1848, la question du divorce revint devant la

première Assemblée sortie du suffrage universel. Le projet fut présenté le 26 mai par M. Crémieux, ministre de la justice. Ce projet n'eut aucune suite et ne fut l'objet d'aucun rapport.

Le 6 juin 1876, M. Naquet déposait sur le bureau de la Chambre des députés une proposition de loi tendant au rétablissement du divorce. Cette proposition, qui s'inspirait des principes de la loi du 20 septembre 1792 bien plus que de ceux du Code civil, fut, ainsi que le dit lui-même M. Naquet (Ch. des dép., séance du 11 nov. 1881), presque accueillie comme une excentricité. La prise en considération fut rejetée le 4 décembre suivant, sur les conclusions de M. Constans. M. Naquet revint à la charge le 21 mai 1878; mais cette fois son projet était conforme, en principe du moins, à l'ancien texte du Code civil : la rédaction première était absolument abandonnée par son auteur.

Malgré cette importante modification, la prise en considération, sur le rapport de M. Hyppolyte Faure, fut une seconde fois rejetée par la Chambre. Le 27 mars 1879, M. Naquet en appela à la Chambre elle-même du jugement de la Commission, et cette fois la prise en considération fut votée à une imposante majorité. Une Commission définitive fut nommée, et neuf de ses membres sur onze se montrèrent favorables au rétablissement du divorce. M. Léon Renault fut chargé de la rédaction du rapport; mais ses conclusions furent repoussées par la Chambre dans ses séances des 7 et 8 février 1881. Enfin, dans la séance du 11 novembre 1881, M. Naquet déposa sur le bureau de la Chambre

une nouvelle proposition de loi qui n'était autre, à de légères modifications près, que le texte proposé par la Commission et rejeté par la Chambre les 7 et 8 février 1881, malgré le rapport éloquent de M. Léon Renault et les intéressants discours qui avaient été prononcés en cette occasion par MM. de Marcère et Naquet.

Le 11 novembre 1881, M. Naquet revint encore sur la brèche. Son projet, pris en considération le 10 décembre de la même année, fut adopté dans son ensemble, en deuxième délibération, le 19 juin 1882. Transmis au Sénat le 27 du même mois, il y est resté presque une année entière ; la discussion générale en deuxième délibération n'a commencé que le 19 juin 1884.

Enfin, après avoir passé par toutes les phases de la procédure parlementaire, c'est ce projet déposé par M. Naquet le 11 novembre 1882 sur le bureau de la Chambre des députés qui, avec les modifications qu'il a subies dans les deux Chambres, constitue la loi nouvelle dont nous allons étudier les dispositions.

ROBERT FREMONT.

Indication des numéros et des pages du JOURNAL OFFICIEL où l'on trouvera tous les renseignements relatifs à la préparation de la loi sur le divorce.

1881

Pages

1° Proposition de loi tendant à rétablir le divorce; dépôt du projet par M. Naquet à la Chambre des députés le 11 novembre 1881, numéro du 12 nov., *Débats parlementaires*..... 2005

2° Exposé des motifs. *Documents parlementaires* de novembre..... 1704

3° Rapport sommaire de M. de Marcère; dépôt le 26 nov., numéro du 27, *Débats parlementaires*..... 2093

4° Texte du projet, *Documents parlementaires* de décembre..... 1837

5° Prise en considération, 10 déc., numéro du 11, *Débats parlementaires*..... 2235

1882

6° Rapport de M. de Marcère, 14 mars 1882, numéro du 15, *Documents parlementaires* de mars..... 809

7° Première délibération, 6 mai, numéro du 7... 520

8° Adoption, en première délibération, le 8 mai, numéro du 9..... 527

9° Rapport supplémentaire de M. de Marcère (texte), *Documents parlementaires* de juin.... 1453

Pages

10° Deuxième délibération, 13 juin, numéro du 14; 15 juin, numéro du 16; 17 juin, numéro du 18. Adoption de l'ensemble, 19 juin, numéro du 20..... 911 et ss.

1883

11° Transmission au Sénat, 27 juin 1883, *Documents parlementaires* de juillet..... 343

1884

12° Première délibération sur la proposition de loi adoptée par la Chambre des députés, Sénat, 26 mai 1884, numéro 27, *Débats parlementaires*..... 957

13° *Idem*, 27 mai, numéro du 28, *Débats parlementaires*..... 973

14° *Idem*, 29 mai, numéro du 30, *Débats parlementaires*..... 985

15° *Idem*, 30 mai, numéro du 31, *Débats parlementaires*..... 997

16° *Idem*, 31 mai, numéro du 1er juin, *Débats parlementaires*..... 1013

17° Deuxième délibération, au Sénat, séances des 19 juin et jours suivants, *Journal officiel* des 20 juin et jours suivants..... 1180 et ss.

EXPLICATION DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

S. *Recueil général des Lois et Arrêts fondé par J.-B. Sirey.* — Le premier chiffre indique l'année, le second la partie, le troisième la page ; ainsi [S. 75.1.477] veut dire : **Sirey**, année 1875, 1re partie, page 477.

S. chr. Collection du même recueil, refondue jusqu'en 1830 inclusivement par ordre chronologique ; chaque arrêt se trouve donc à sa date.

P. *Journal du Palais.* — Lorsque le renvoi comprend trois chiffres, le premier indique l'année ; le second (1 ou 2) indique le tome, et le troisième la page ; ainsi [P, 53.2.125] signifie : **Journal du Palais**, année 1853, tome 2, page 125. Les renvois aux années n'ayant qu'un volume ne comprennent naturellement que deux chiffres.

P. chr. Collection *chronologique* du Journal du Palais, refondue jusqu'en 1835 inclusivement pour la jurisprudence des Cours et tribunaux et continuée jusqu'à ce jour pour la jurisprudence administrative.

P. *Rép.* *Répertoire général du Journal du Palais* (14 vol., ordre alphab.).

D. P. *Jurisprudence générale* de Dalloz ; recueil périodique (mêmes observations que pour le recueil Sirey).

D. A. Refonte par ordre alphabétique des matières des premières années du même recueil, jusqu'en 1824 inclusivement. (Le premier chiffre indique le tome, le second la page.)

D. *Rép.* *Jurisprudence générale* de Dalloz ; répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence. (Le renvoi est complété par le mot indicateur et le numéro qui occupe l'arrêt.)

Fr. jud. *France judiciaire.* (Le premier chiffre double (77-78) indique le volume, le second la partie, le troisième la page.)

NOTA. — Les titres des recueils de jurisprudence étrangère, des recueils spéciaux des Cours, des journaux et revues judiciaires, ainsi que des monographies, sont indiqués en toutes lettres.

LE DIVORCE

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET CAUSES DU DIVORCE

SECTION I

Nature et caractères du divorce.

1. L'article 227 du Code civil est ainsi conçu : « Le mariage se dissout :

1° Par la mort d'un des époux ;

2° Par le divorce légalement prononcé.

« Dans le mariage, le vœu de perpétuité, a dit Portalis, est le vœu même de la nature. Il faut, ajoute-t-il, que les lois opposent un frein salutaire aux passions; il faut qu'elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice et de l'inconstance. »

« Pourquoi, disait M. Lenoël au Sénat (séance du 19 juin 1884), ces liens de famille résultant du consentement seraient-ils donc plutôt dissolubles que ceux qui résultent de la filiation naturelle et surtout de la filiation adoptive. Mais le mariage est bien loin de l'individualisme dont on parlait tout à l'heure (1), et c'est l'honneur de

(1) *Voir* le rapport présenté par M. Labiche au Sénat, *Journal officiel* du 18 juin 1884.

notre législation. Le mariage n'unit pas seulement deux individus, il unit deux familles. De l'assentiment exigé de la part des parents des deux époux, de là la nullité du mariage si l'on a négligé de demander l'autorisation de ceux dont on dépend. Et ce mariage, il va créer des liens entre l'époux et les parents de l'autre époux, il va crér des liens qui entraineront même ces obligations dont je parlais tout à l'heure à propos de la filiation légitime ou adoptive, à savoir l'obligation respective des aliments. »

2. Citant ensuite un éloquent passage de l'économiste Le Play, dans son ouvrage sur *la Réforme sociale*, M. Lenoël ajoutait :

« La loi qui interdit le divorce, comme celle qui érige « le mariage en institution vénérable, est l'un des plus « solides fondements des mœurs d'une nation. Fort heu- « reusement cette partie de la réforme sociale accomplie « depuis longtemps, après de déplorables tentatives, a, « en partie, conjuré chez nous l'effet des vices sociaux que « je viens de signaler. Les bienfaits de l'indissolubilité « du mariage se révèlent partout par des traits excel- « lents. » — (Sénat, 19 juin, *Journal officiel* du 20.)

3. Mais si l'indissolubilité du mariage est un idéal, un système qui la sanctionne dans les lois positives se trouve malheureusement démenti chaque jour par les faits, et comme le dit si bien M. Laurent, dans ses *Principes de Droit civil*, le divorce ne rompt pas à vrai dire le mariage, il ne fait qu'en constater la rupture. Ce qui rend le mariage saint, c'est l'affection qui unit les époux : quand l'affection fait place à la haine, quand le foyer domestique est souillé par le crime, dira-t-on qu'il porte atteinte à la sainteté du mariage ? » (T. 3, n. 172.) Voilà pourquoi le législateur de 1803, comme celui de 1884, a inscrit le divorce dans l'article 227 du Code civil, au nombre des causes de dissolution du mariage.

4. M. Léon Renault, dans son rapport présenté à la

Chambre des dèputés le 7 février 1881, s'exprimait en ces termes:

« Votre Commission ne veut qu'une chose : rétablir un titre de notre Code civil, effacé en 1816 sous l'empire de préoccupations exclusivement religieuses et dont, suivant elle, la destruction à cette époque a mutilé l'institution du mariage civil telle qu'elle avait été fondée en 1803, à la suite des délibérations d'une réunion de jurisconsultes éminents, de politiques expérimentés qui, tenant compte des choses, mesurant les nécessités sociales, les imperfections humaines, avaient dans la matière du mariage, comme dans toutes les autres, posé les assises de notre société moderne d'une manière si ferme, que toutes les révolutions qui se sont succédées, tous les changements politiques qui se sont produits dans ce pays, ont été absolument impuissants à les ébranler. Voilà ce que votre Commission s'est proposé; rien de plus, rien de moins que la restauration du Code civil de 1803. » — (Chambre des députés, 7 févr. 1881, *Journal officiel* du 8 févr.)

5. Le divorce qui vient d'être rétabli est presque celui de 1803, qu'il faut bien se garder de confondre avec le divorce de 1792. — L'intention des législateurs de 1792 était de faciliter la rupture des liens conjugaux — En effet, l'exposé des motifs de la loi de 1792 contenait ces imprudentes paroles:

« Il faut accorder la plus grande latitude au divorce à cause de la nature du contrat de mariage qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. »

Quelles étaient les conséquences dangereuses, au point de *vue social*, de cette théorie? Quelques années d'expérience ne tardèrent pas à le démontrer.

En 1792, le divorce fut autorisé, non seulement pour causes déterminées, telles que l'état de démence ou de fureur de l'un des époux, sa condamnation à des peines afflictives ou infamantes, les excès, sévices ou injures

graves, le dérèglement notoire des mœurs, l'abandon pendant deux ans au moins, l'absence sans nouvelles pendant cinq ans au moins, l'émigration dans les cas prévus par la loi; mais encore, et c'était là le trait caractéristique de cette loi, on ajouta à ces causes déjà nombreuses de dissolution le consentement mutuel et l'incompatibilité d'humeur et de caractère dénoncée par un seul des deux époux.

Cette multiplication des causes de divorce prouvait chez les législateurs de cette époque une méconnaissance absolue du grand principe social de l'utilité des unions durables. N'était-ce pas là favoriser singulièrement les caprices et les entraînements de la passion? — De plus, la séparation de corps était interdite; c'était créer pour les catholiques un état de chose peu compatible avec celui qu'ils étaient en droit d'attendre d'un régime qui avait proclamé la liberté des cultes.

Aussi ces mesures provoquèrent dans le pays une telle perturbation morale, qu'au nom même de la Convention, un de ses membres, Mailhe, signala ce trouble social au Directoire, en termes éloquents: « Vous ne sauriez arrêter trop tôt, disait-il, le torrent d'immoralités que roulent ces lois désastreuses. »

Mais les lois de 1803 étaient bien différentes; elles étaient même inspirées par un sentiment tout contraire.

6. Ainsi que le faisait remarquer M. Léon Renault, dans son rapport précité, les jurisconsultes de 1803 ont dit : « Il faut donner au divorce un caractère particulier, il faut qu'il apparaisse non pas comme ce bien souhaitable dont parle le législateur de 1792, mais comme un remède douloureux et parfois nécessaire ; il faut entourer son application de toutes les garanties imaginables, mais le rendre accessible à certaines souffrances, à certaines misères, à certaines douleurs qui, en dehors de lui, ne peuvent trouver satisfaction, et qui sans lui pourraient tourner en un mal social le plus effroyable et le plus dangereux de tous : celui de la nature humaine qui

réclame et la loi qui défend, contradiction insupportable dans un code bien fait. »

.....

Un peu plus loin, nous lisons dans ce même rapport de M. Léon Renault : « Soyez sûrs, Messieurs, que le divorce que nous vous proposons de rétablir, et qui n'est pas ce divorce facile que l'on imagine pour se donner à soi-même des arguments, n'amènera aucun trouble dans les unions tièdes. Il empêchera, au contraire, les mariages intermédiaires de devenir des mariages détestables, parce que le jour où, pour le plus faible, il y aura possibilité d'échapper par le divorce à ce qui ne serait plus seulement la froideur ou la tiédeur, mais à ce qui serait l'abus de l'autorité, le vice ou la violence, l'époux qui serait tenté d'aller aux extrémités réfléchira et s'arrêtera peut-être. »

.....

« Prenez le Code civil. Chose curieuse à noter, le titre du divorce, aboli par la loi de 1816, n'a pas trouvé une main pour l'arracher du Code civil. Les articles en sont restés à leur place, avec leurs numéros, et si vous rétablissez le divorce, vous n'aurez rien à changer au recueil de nos lois.

« Vous verrez combien il multiplie les délais, comment il les ajoute, en quelque sorte, les uns aux autres pour user les passions, avec quelle sagesse il accumule toutes les précautions qui peuvent servir à retarder et à empêcher le divorce, pour la conciliation préalable aux instances. Reportez-vous du reste à la période de 1803 à 1816. »

.....

7. Après M. Léon Renault, M. Naquet, dans la même séance, répondant plus particulièrement aux objections de l'ordre religieux, s'exprimait ainsi : « Les catholiques ne peuvent en aucun cas être blessés par le rétablissement du divorce. Le divorce ne s'applique pas au dogme, il ne s'applique pas au mariage religieux, au sacrement, mais au mariage civil, et c'est là que je veux en venir.

« Ce qui est indissoluble au point de vue catholique, ce

n'est pas le mariage civil, les catholiques ne le reconnaissent pas; ils ne le considèrent que comme une simple formalité qu'ils subissent, mais contre laquelle ils protestent sans cesse. N'ai-je pas dès lors le droit de leur demander en quoi ils pourront être blessés le jour où, pour des cas graves et déterminés, nous briserons le nœud dont ils contestent la validité aux yeux de la conscience?

« Il existe un livre éminemment catholique, clérical même; j'y lis ces paroles du président Sauzet, que l'auteur du livre fait siennes et sur lesquelles il appuie :

« Comment proclamer l'indissolubilité du lien et supprimer le caractère (religieux) qui peut seul donner cette indissolubilité? Détruire l'effet et garder la cause, c'est un non-sens manifeste, une insoutenable anomalie. »

8. Au Sénat, le 19 juin 1884, M. de Marcère s'exprimait en ces termes: « Les adversaires du divorce ont cité comme un argument très puissant le fait d'un époux catholique uni à un époux qui n'est pas catholique ou qui ne l'est plus. Si celui-ci réclame le divorce, l'autre se trouvant dans la nécessité de divorcer, ses croyances religieuses seront, par cette obligation même, gravement blessées. Cette théorie repose sur une observation incomplète de la situation des époux divorcés. Le divorce une fois prononcé, l'époux catholique n'est nullement forcé par la loi à contracter une nouvelle union. Il est libre de respecter par sa conduite l'indissolubilité du lien conjugal. Sa situation est alors celle d'un époux séparé, et tout le monde sait que de tout temps l'Église a autorisé, a sanctionné même la séparation de corps.

..... :.....

« Lorsqu'en 1803 la loi fut votée, un homme d'un grand esprit qui répugnait à l'idée du divorce et qui n'y a acquiescé en dernier lieu qu'avec peine, Portalis, a dit avec beaucoup de vérité : « La raison dominante qui fait que le divorce doit être admis dans nos lois, c'est que nous avons établi dans nos constitutions la liberté des cultes. »

SECTION II

Causes du divorce.

9. Le titre VI du Code civil limite strictement les causes de divorce. Il en détermine trois : l'adultère ; les excès, sévices et injures graves ; la condamnation du mari à une peine infamante. Il admet ces trois causes et pas une de plus.

§ 1er. — De l'adultère.

1° Adultère de la femme.

10. L'article 229 est ainsi conçu : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. »

Les termes de l'article 229 sont claires et précis. Une accusation vague d'inconduite ne suffit pas. Il faut des faits bien probants ; il faut qu'il y ait eu adultère consommé, et non pas seulement l'intention ou la tentative d'adultère.

Le texte de l'article 229 avait fait, lors de la confection du Code civil, l'objet des observations de la Cour de Lyon et de la Cour de Bruxelles, qui proposaient, la première, de remplacer cette cause désignée par le mot adultère par une cause plus extensive, le déréglement notoire des mœurs ; la seconde, d'ajouter cette nouvelle cause à l'ancienne : elles devaient former dans ce cas deux motifs distincts de divorce. Mais le Conseil d'État jugea qu'il n'y avait pas lieu de modifier sur ce point le texte de la loi, qu'il était suffisamment clair et précis pour empêcher des interprétations erronées.

11. L'adultère de la femme doit être volontaire. Si c'est sous l'empire d'influences extérieures qu'elle se trouve

entrainée à commettre cette faute, elle ne saurait en être rendue responsable; son mari, par conséquent, n'a pas le droit de l'invoquer comme une cause de divorce. Si l'adultère a été commis sous l'influence d'un narcotique quelconque, ou dans un accès momentané d'aliénation mentale, ou par suite d'une erreur sur la personne du mari, dans ces cas il n'y a pas lieu à divorce. On ne pourrait admettre à demander le divorce le mari qui, par son éloignement prolongé, expose à des défaillances la vertu de sa femme, ni celui qui introduit un tiers dans le domicile conjugal, et par son imprudence expose son épouse à de continuelles tentations.

12. La circonstance que le mari aurait connu, toléré ou même facilité les relations coupables de sa femme ne le rend pas non recevable à intenter contre elle une action en divorce pour cause d'adultère. — (Bruxelles, 17 févr. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 2. 219.)

2° Adultère du mari.

13. L'ancien texte de l'article 230 portait : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. » L'article 230 voté par la Chambre portait simplement que la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère du mari. La Commission du Sénat avait rétabli les derniers mots de l'ancien texte : « lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune »; mais, sur la proposition de MM. de Pressensé et Demôle, le texte voté par la Chambre fut adopté par le Sénat.

14. « Il y a dans ce texte ainsi modifié de l'article 230, comme l'a dit M. Demôle (séance du 20 juin 1884, *Journal officiel* du 21), une haute question de justice, de moralité et de dignité. Aux termes de l'article 212 du Code civil, « les « époux se doivent mutuellement fidélité »; cet article vient

au chapitre des devoirs respectifs des époux, c'est en quelque sorte le frontispice de l'œuvre législative, c'est par là qu'elle débute ; en sorte que quand deux êtres humains absolument égaux en droit, au point de vue de l'union qu'ils projettent entre eux, absolument égaux au même titre pour la manifestation de leur consentement et de leur volonté, se présentent devant l'organe de la loi, la première parole que le mandataire de la puissance souveraine leur fait entendre est celle-ci : « Vous vous devez « réciproquement fidélité » ; l'engagement est identique, les droits et les devoirs sont les mêmes, la sanction ne saurait être differente. »

15. Pour justifier l'ancien texte de l'article 230 qui établissait la distinction que l'on connaît entre l'adultère du mari et l'adultère de la femme, on invoquait les conséquences du délit qui sont si différentes suivant qu'il a été commis par le mari ou par la femme. La faute de cette dernière emprunte, effectivement, un singulier caractère de gravité aux éléments étrangers qu'elle peut introduire dans le sein du foyer conjugal. — Le Sénat paraît, à cet égard, avoir envisagé la question d'un point de vue très élevé. Il est parti de ce principe que lorsqu'il s'agit des conséquences que la conduite d'un homme ou d'une femme peut avoir pour la société, on ne doit pas limiter le champ de ses regards à la famille que les deux époux ont voulu créer. Lorsque c'est le mari qui se rend coupable d'adultère, les conséquences de sa faute sont aussi redoutables pour la société que si la femme elle-même avait oublié ses devoirs, car si cette dernière introduit au foyer des éléments étrangers, lui, le mari, en introduit dans les autres familles. Qu'il s'adresse à une femme mariée ou qu'il séduise une jeune fille, les résultats sont les mêmes. Et s'il va perdre son temps, sa réputation et la fortune des siens dans des milieux déjà corrompus, ne devient-il pas pour la famille un fléau, pour la société une non-valeur ?

16. Et d'ailleurs, la famille qui se trouvait mieux pro-

tégée contre la faute que la femme contre celle de l'homme ne perd rien au changement apporté par la loi nouvelle, puisque, loin de diminuer les garanties auxquelles elle a droit, comme base des sociétés modernes, cette loi les augmente en se montrant plus sévère que par le passé. Et puis, les partisans de l'inégalité des peines n'ont-ils pas encore pour eux le Code pénal que nous n'avons ni à critiquer ni à défendre ici, mais qui punit l'adultère de la femme dans tous les cas, et celui du mari seulement dans l'hypothèse d'entretien de sa concubine dans la maison commune ?

17. M, Demôle, au Sénat, dans la séance du 20 juin 1884 (*Journal officiel* du 21), s'exprimait en ces termes :

« Vous pensez que par nature, par facilité, par tempérament, les hommes sont plus portés que les femmes à se livrer, en dehors de leur domicile, à des actes que la morale réprouve, et vous semblez contempler cette chose d'un œil indulgent et paternel !.... Vous ne voulez pas admettre la possibilité d'une répression quelconque pour toutes les fredaines auxquelles vous dites que les maris se livrent journellement ? — J'avoue que je comprendrais l'argument à la fin d'un vaudeville, mais non présenté dans une assemblée législative ; et je me demande comment vous pouvez vous y arrêter un seul instant. Quoi ! parce que les hommes ont une tendance fâcheuse, ont plus de facilité que les femmes à satisfaire des passions illégitimes, il faut leur légitimer cette satisfaction en leur disant dès le début : La fidélité que la femme vous a promise, celle qu'elle vous doit, que vous avez le droit d'exiger d'elle, sous des peines graves, c'est la fidélité partout, en tout temps, à la maison, au dehors, en voyage. Pour vous, vous ne devez la fidélité que dans l'intérieur de la maison commune ; une fois sorti, vous ne la devez plus.

« Messieurs, je m'insurge contre ce langage, et sans vouloir m'ériger en censeur et en réformateur des mœurs, — ce que je n'ai pas le pouvoir de faire, — je me permets de dire au Sénat que c'est là un côté de la question qui

ne doit pas arrêter ses regards .....»

« Il faut laisser à l'être humain la responsabilité de sa conduite; il n'y a pas de raison pour subalterniser la femme. .....»

« Au fond de tout cela, laissez-moi vous le dire, à côté de la qnestion physiologique, à côté de la crainte d'augmentation des cas de divorce, à côté de l'objection tirée de l'état de la jurisprudence, il y a peut-être bien, au fond du cœur de tous ceux qui sont partisans de cette thèse, ce vieux sentiment suranné de la supériorité de l'homme sur la femme. Ce sentiment, nous l'avons puisé, que voulez-vous? dans les origines de notre droit. Dans le droit romain, dans le droit coutumier, la femme était considérée comme une chose, autant que comme un être humain, et les législateurs de 1804 n'ont pas pu complètement se dégager de cette pensée. C'est pour cela qu'un de ceux qui ont contribué le plus puissamment à la confection du Code civil, Rœderer, dans la séance du 24 brumaire an X, au Conseil d'État, disait ceci : « Il ne faut « pas, il n'est pas bon que la femme puisse se plaindre que « son mari la néglige, pour entretenir une concubine. Le « mari est le seul juge, *solus vindex tori conjugalis.* »—Voilà, Messieurs, un sentiment auquel la société moderne ne saurait obéir. »

18. Nous avons à ce propos une constatation regrettable à enregistrer : l'article 230, tel qu'il sort du vote des Chambres, a causé quelqu'étonnement en France et surtout à Paris; sa sévérité jure avec le scepticisme inavoué des gens du monde, il bouleverse les idées reçues et les préjugés commodes. (*V.* à cet égard les considérations présentées par M. Fuzier-Herman, ancien magistrat, dans un remarquable article publié dans le journal *la Loi* des 7 et 8 juillet 1884, où l'auteur défend l'ancien texte de l'article 230.) Mais personne ne s'est élevé juridiquement contre la modification qu'à subie l'ancien texte. L'injustice de cette disposition était trop flagrante. En terminant son discours au Sénat, M. Demôle adressait à ses

collègues cette péroraison : « Dans un moment mémorable de notre Révolution, les classes privilégiées, cédant à l'entraînement général, firent le sacrifice de leurs privilèges sur l'autel de la patrie. Vous n'êtes pas les privilégiés de la noblesse, mais vous êtes les privilégiés de la force ; faites enfin le sacrifice de ce privilège de la supériorité du sexe masculin aux justes revendications du sexe féminin, ayez votre nuit du 4 août. » — (Sénat, séance du 20 juin, *Journal officiel* du 21.)

19. A cette logique, d'une clarté bien faite pour impressionner, la réplique était presqu'impossible ; il était bien difficile et bien gênant d'aller exposer du haut d'une tribune législative qu'on entend conserver un privilège comme celui auquel faisait allusion l'orateur, et qu'on avait pour cela d'excellentes raisons ; alors surtout qu'on ne pouvait évoquer que le souvenir bien effacé déjà des auteurs du Code civil.

20. Il fallait cependant répliquer au nom de la Commission, cette tâche ingrate revenait à l'honorable rapporteur, M. Labiche. Voici l'analyse de quelques-unes des considérations de sa réponse, nous les citons ici parce que nous pensons qu'elles contiennent, pour la jurisprudence appelée à faire l'application de la loi nouvelle, de très sages enseignements : « Messieurs, a-t-il dit, il me faut tout le sentiment des devoirs que m'impose ma qualité de rapporteur pour oser soutenir à la tribune, une thèse qui m'expose au reproche de manquer à la fois aux lois de la morale et à la galanterie .....»

« En aucun cas, nous n'entendons excuser l'adultère du mari. Mais la question, selon nous, doit être envisagée à un autre point de vue.....

« L'adultère du mari est blâmable, il est digne de mépris, mais nous n'allons pas jusqu'à dire qu'il y a là nécessairement une cause péremptoire de divorce ! Au juge plutôt d'apprécier ..... »

« Et puis je ne veux pas entrer, ajoute l'honorable rap-

porteur, dans le détail comparatif des conséquences qu'entraine la faute du mari et de celles qu'entraîne la faute de la femme. Cependant, il est certain que, quand une jeune fille se marie, vous exigez d'elle des conditions de retenue que vous n'exigez pas chez le jeune homme. Il y a là une nuance dans les mœurs dont il faut tenir compte dans la loi. » — (Sénat, séance du 20 juin, *Journal officiel* du 21.)

21. Il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue de l'idéal de haute moralité, qu'un législateur ne devrait jamais perdre de vue, l'ancien article 230 consacrait une grande iniquité et ne protégeait le foyer que d'un seul côté; du côté où par l'éducation des femmes, et les sentiments élevés que leur suggère les devoirs de la maternité, la famille est naturellement le moins vulnérable. « Cet ancien article, dit M. de Pressensé, sanctionnait l'immoralité et était un encouragement pour elle. Les conséquences sociales de l'adultère sont toujours aussi graves, qu'il soit commis par l'homme ou par la femme. Il faut, ajoute-t-il, faire disparaitre du Code une véritable tache. » — (Sénat, 20 juin, *Journal officiel* du 21.)

22. Ce qu'il faut surtout conclure de l'état actuel de nos mœurs au point de vue de l'application du nouvel article 230 du Code civil, c'est que le mari qui aura commis un adultère banal ne sera presque jamais considéré comme absolument indigne de rentrer au foyer conjugal. La femme, la mère de famille, soucieuse avant tout de l'honneur de la maison et de l'avenir des enfants, la mère chrétienne, à qui sa religion enseigne le pardon des offenses, saura sans doute ramener dans les sentiers du devoir l'époux qu'un instant d'égarement en aura momentanément écarté, et ce n'est que rarement, de loin en loin, à moins de scandale éclatant, à moins d'irréparable souillure, que l'on verra les femmes demander contre leur mari le divorce pour cause d'adultère. C'est ce que faisait ressortir en bien meilleurs termes l'honorable

M. de Pressensé, dans son discours du 20 juin 1884 au Sénat. — (*Journal officiel* du 21.)

« Si vous accordez, disait-il, à l'homme de par la loi cette étrange immunité, cette espèce d'indulgence plénière, ne voyez-vous pas que vous allez faire disparaître tout obstacle de la voie mauvaise où peuvent le pousser ses passions déchaînées ? Il n'y a pas de plus sûr moyen de multiplier l'adultère. Vous conviendrez qu'il est infiniment plus important de l'empêcher, qu'il n'est grave de le constater juridiquement. Donc, au point de vue des conséquences, vous devez tenir la balance égale entre la faute de l'homme et celle de la femme. Que si vous prétendiez que, par la suppression des derniers mots de l'article 230, les divorces vont se multiplier à l'infini, je vous répondrai que vous vous mettez tout à fait en dehors de la réalité. Vous ne nous ferez pas croire que la femme qui tient à son foyer va demander le divorce pour un fait isolé, qui ne serait qu'un simple entraînement. Au point de vue moral, cet entraînement est coupable ; mais il n'y a pas moins une grande différence entre les actes isolés et une vie de désordre organisée, comme lorsque la concubine, quoique n'ayant pas été introduite dans la maison commune, est entretenue, d'une manière permanente peut-être, dans la maison voisine. Il est des cas trop fréquents où l'honneur et la dignité de la famille sont sacrifiés par le mari à la femme entretenue, ou livrés aux hasards honteux d'une vie de débauche. » .....

« L'abolition de la dernière partie de l'article 230 permettra seulement à la femme de sauvegarder sa dignité dans les cas exceptionnels, en y cherchant sa légitime défense et celle de ses enfants. »

23. Le Sénat, en adoptant les modifications proposées à l'article 230 par MM. Demôle et de Pressensé, a donc fait œuvre de sagesse. Aujourd'hui toutes les discussions qui ont si longtemps rempli nos prétoires sur le sens qu'on devait attacher aux mots : *dans la maison commune*, du

texte primitif de l'article 730, n'ont plus qu'un intérêt purement historique. Les amateurs d'archéologie juridique trouveront ces discussions résumées d'une façon très complète dans le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, sous l'article 230. Si nous les rappelons ici, c'est uniquement pour faire remarquer qu'une grande partie de nos Cours, d'accord avec les jurisconsultes les plus autorisés, devançant la loi nouvelle, avaient déjà, par une interprétation large et équitable, éludé la dernière partie de l'article 230, en classant l'adultère du mari hors de la maison commune au nombre des injures graves de nature à motiver et à faire prononcer la séparation de corps. — (*V.* à cet égard Cass., 14 juin 1836, S. 36. 1. 443, P. chr., D. P. 46. 1. 353. — Limoges, 21 mai 1835, S. 35. 2. 469, P. chr., D. P. 35. 2. 167. — Bordeaux, 19 mai 1828, S. et P. chr., D. P. 28. 2. 155. — Caen, 21 juill. 1836, *Rec. de Caen*, t. 3, p. 532. — Nîmes, 14 mars 1842, P. 42, 750. — Caen, 22 mai 1872, S. 72. 2. 290, P. 73. 1223.—Aix, 28 avr. 1863, P. 63. 2. 256. — Paris, 25 avr. 1879, *France jud.*, 78-79. 2. 702. — *Sic*, Massol, *Séparation de corps*, p. 34; Aubry et Rau, t. 5, p. 175, § 491; Demolombe, n. 371; Laurent, t. 3, n. 183; Cubain, *Droit des Femmes*, n. 32; *Rép. gén. Pal.* et suppl., v° *Séparation de corps*, n. 60; — et le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, art. 231, n. 120, etc.)

D'ailleurs, si la jurisprudence française et les auteurs ont trouvé ce moyen d'éviter l'application de la dernière partie de l'article 230 en matière de séparation de corps, il faut remarquer que la jurisprudence des Cours de Belgique, où les anciens textes du Code civil sont toujours en vigueur, adopte exactement la même solution en matière de divorce. (*V.* notamment en ce sens, Bruxelles, 19 janv. 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 118, et *Pasicrisie belge*, 50. 2. 182.—Même Cour, 11 août 1860, *Belgique judiciaire*, 61. 54.)

La modification introduite par le Sénat et la Chambre des députés dans l'article 230 du Code civil français ne faisait donc que régulariser un état de choses

qui, par une interprétation spécieuse de l'ancien texte, aurait certainement acquis l'importance d'une jurisprudence constante.

Voici, à ce propos, comment s'exprimait M. Demôle, au Sénat :

« Le premier arrêt, celui qui peut-être a servi de type aux autres que nos recueils de jurisprudence mentionnent, est un arrêt de la Cour de Limoges, dans lequel il est dit très positivement que, bien que la loi n'ait pas fait de l'adultère du mari une cause péremptoire de divorce, toujours est-il que la publicité donnée à un adultère, et surtout la connaissance que la femme peut en avoir, en fait l'injure la plus cruelle, la plus poignante qu'une femme puisse ressentir ; ce qui revient à dire à peu près que si le mari ne prend pas ses précautions pour dissimuler ce qu'on appelle une escapade, que si la femme apprend que son mari, au vu et au su d'un certain nombre de personnes, a trahi la foi qu'il lui avait promise, elle a droit à la séparation de corps ; par conséquent, elle aura droit au divorce.

Il se produira, en effet, exactement ce qui se passe avec la législation actuelle. Quand un mari, de notoriété publique, ou tout au moins dans des conditions telles que la femme a eu certainement connaissance de l'outrage qui lui a été fait, a commis un acte constituant une infraction à la foi conjugale, la femme peut demander sa séparation de corps; il en sera pour la demande en divorce, tout comme il en est aujourd'hui pour la demande en séparation de corps. » (Sénat, 20 juin 1884, *Journal officiel* du 21.)

24. On a eu tort de se demander pourquoi l'on changeait la loi, du moment que la jurisprudence donnait satisfaction à l'équité pure, car tout le monde sait que les arrêts n'ont force obligatoire que pour les parties entre lesquelles ils ont été rendus. Sans doute, aujourd'hui, la Cour de cassation et une grande partie des Cours d'appel décident que la séparation de corps peut être demandée et obtenue pour adultère simple du mari, quand cet adultère peut être

assimilé à l'injure grave. Remarquons d'abord que pour arriver à ce résultat la jurisprudence est obligée de tourner la loi; et puis on ne juge pas toujours ainsi; il y a des décisions, peu nombreuses il est vrai, mais il y en a en sens contraire. Peut-être, étant donné l'ancien texte de l'article 230, sont-elles plus juridiques. Et il est important pour la bonne administration de la justice que, dans l'interprétation des lois, la jurisprudence ait toute l'unité que permet l'inévitable diversité des espèces.

25. La plus grave de toutes les questions qui se posent sur l'article 230, c'est assurément celle de savoir qu'elle sera dans la pratique des cours et des tribunaux le sens et la portée du nouveau texte, dans quelles hypothèses on en devra faire l'application en matière de divorce. La jurisprudence antérieure à la loi nouvelle, en faisant rentrer l'adultère simple du mari parmi les injures graves pouvant motiver la séparation de corps, montrait dans l'examen des caractères constitutifs de l'outrage une certaine sévérité; il fallait, pour que l'article 231 devînt applicable en matière d'adultère, qu'il résultât de ce délit un scandale, une publicité plus ou moins grande, de nature à blesser profondément la dignité de l'épouse. — (*V.* notamment Cass., 14 juin 1836, S. 36. 1. 448, P. chr., D. P. 36. 1. 353. — Bordeaux, 19 mai 1828, S. et P. chr., D. P. 28. 2. 155. — Limoges, 21 juill. 1835, S. 35. 2. 469, P. chr., D. P. 35. 2. 167. — Caen, 21 juill. 1836, *Rec. de Caen*, t. 3, p. 532. — Nîmes, 14 mars 1842, S. 42. 750. — Bruxelles, 19 janv. 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 118. — *Pasicrisie belge*, 50. 2. 182. — Aubry et Rau, t. 5, p. 175, § 491; Demolombe, t. 4, n. 371; Laurent, *Principes de Droit civil*, t. 3, n. 183, et le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, art. 231, n. 121, et suiv.)

26. Maintenant que l'article 230 supprime un des côtés de la difficulté en déclarant simplement que la femme *pourra demander le divorce pour adultère du mari*, quelles seront les limites dans lesquelles s'exercera l'interprétation

du juge? Quand y aura-t-il, au point de vue de la loi nouvelle, adultère du mari? La première remarque qui se présente à l'esprit, c'est que nous nous trouvons ici en présence d'une question de fait. Et nous croyons pouvoir affirmer, sans rien préjuger des futurs arrêts de la justice, qu'il est entre tous un principe de jurisprudence qui reste debout, que la loi nouvelle n'a pas atteint, et qui continuera de recevoir, demain comme hier, la plus large et la plus équitable application. C'est le principe d'après lequel l'appréciation de la pertinence des faits en cette matière rentre dans le domaine exclusif des juges du fond, et ne peut donner ouverture à cassation. — (Cass., S. et P. chr., 25 mai 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 896; 10 juin 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 898; 16 nov. 1825, S. et P. chr., D. P. 26. 1. 56; 11 janv. 1837, S. 37. 1. 640, P. 40. 1. 225, D. P. 37. 1. 225; 17 juin 1851, S. 51. 1. 721, P. 52. 1. 524; 24 nov. 1851, S. 51. 1. 721; P. 52. 534; 30 déc. 1861, S. 62. 1. 113, P. 62. 665; 28 nov. 1859, S. 60. 1. 342, P. 60. 1030; 11 avr. 1865, S. 66. 1. 238, P. 66. 618, D. P. 66. 1. 167; 12 févr. 1806, 6 févr. 1860, S. 61. 1. 72, P. 60. 760., D. P. 60. 1. 122; 14 janv. 1861, S. 61. 1. 719, P. 61. 131, D. P. 61. 1. 28; 4 mai 1863, S. 63. 1. 427, P. 64. 207; 8 janv. 1872, S. 72. 1. 66. P. 72. 142, D. P. 72. 1. 87; févr. 1872, S. 72. 1. 336, P. 72. 832, D. P. 72. 1. 252; 17 déc. 1872, S. 72. 1. 412, P. 72. 1107. D. P. 73. 1. 156. 18 janv. 1881, S. 81. 1. 209, P. 81. 1. 508. — *Sic*, Le Senne, *Séparation de corps*, n. 333 et 351; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 2.

27. Il est évident d'après ces principes, que les juges auront à tenir compte dans une sage mesure des mœurs du temps, de l'éducation, du milieu social des époux et de la publicité de l'outrage. — (Comp. Cass. 19 avr. 1825, S. et P. chr., D. P. 25. 1. 275. — Bordeaux, 2 août 1842, P. 42. 2. 698. — Cass., 11 avril 1865, S. 66. 1. 238, P. 66. 618, D. P. 66. 1. 167. — Rouen, 30 déc. 1840, P. 41. 558. — Dijon, 30 juill. 1868, D. P. 68. 2. 247. — Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 3; Duranton, t. 2, n. 552 et

553; Vazeille, *Mariage*, t. 2, n. 541; Allemand, *id.*, t. 2, n. 1367; Taulier, t. 1, p. 364; Massol, *Séparation de corps*, p. 38; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, n. 406; Demante, t. 2, p. 8, n. 7 *bis*, 1; Marcadé, t. 1, sur l'art. 306, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 385; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, § 138, p. 250; Aubry et Rau, t. 5, § 491, n. 177; Le Senne, *Séparation de corps*, n. 90 et suiv.; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 231, n. 9 et suiv. Comp. aussi Bruxelles, 30 juill. 1849, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 83; 31 juill. 1850, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 140, *Belgique judiciaire*, 52. 1513. — Trib. Bruxelles, 6 mars 1869, *Belgique judiciaire*, 69. 582. — Trib. Anvers (Belgique), 24 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 115.—Gand (Belgique), 19 févr. 1873, *Belgique judiciaire*, 73. 1269; *Pasicrisie belge*, 73. 2. 232.)

28. Il y aura des cas où le divorce sera nécessairement prononcé, par exemple, celui où une condamnation pour délit d'adultère aura frappé le mari avant ou au cours de la demande en divorce intentée contre lui. Nous croyons encore que les juges ne pourront se dispenser de prononcer la dissolution du mariage sur la demande de la femme quand il sera prouvé que le mari entretient une concubine, possède un intérieur de la main gauche. — Mais *quid* au cas d'un adultère banal, d'un fait isolé, d'une légèreté aussitôt oubliée et aussitôt regrettée que commise? Les circonstances décideront. Y a-t-il eu scandale? Y a-t-il eu outrage? Appréciation souveraine! Les juges pourront tenir compte de la jeunesse du mari, du caractère de la femme, des difficultés d'ordre intérieur, etc.; ils pourront peut-être tenir compte aussi des torts de l'épouse outragée, car il ne s'agit plus ici de séparation de corps, la solution est autrement grave, et les juges devront regarder à deux fois avant de prononcer la dissolution d'un mariage dont la bonne harmonie n'est peut-être que momentanément troublée par la faute du mari. Par exemple, une femme ne sait pas suffisamment attacher son époux au foyer conjugal; elle le voit avec indifférence fréquenter un milieu corrompu, plein de tentations, et le laisse ainsi oublier la foi jurée.

— La Cour de Paris, dans l'hypothèse inverse, a jugé que la demande en divorce pour cause d'adultère n'est pas recevable de la part du mari qui a laissé sa femme loin de lui et dans un lieu notoirement dangereux pour les mœurs. — (Paris, 6 avr. 1811, S. et P. chr., D. A. 11. 932, D. *Rep.*, v° *Séparation de corps*, n. 468.) — Il nous semble que la réciproque devra être facilement admise.

D'ailleurs ce ne seront point encore les seules circonstances dont les juges devront tenir compte ; les espèces variées qui se sont présentées avant la loi sont déjà très nombreuses, le domaine des faits est inépuisable, et de nouvelles espèces viendront sans doute s'ajouter encore aux anciennes.

29. Ce n'est certes point cependant la nouvelle législation qui créera ces officines immondes de renseignements anonymes où des maris peu délicats vont payer l'espionnage de leurs femmes, où des femmes bassement jalouses vont s'adresser pour faire suivre à prix d'or les moindres mouvements de leurs maris. — Non. Mais lorsque le juge pourra deviner, dans une cause de divorce, cette honteuse entremise de l'agent d'affaires véreux, il y aura des lors un doute dans son esprit sur la sincérité des enquêtes il y aura certainement une présomption très forte en faveur de la partie défenderesse, présomption que le juge, dans son pouvoir souverain d'appréciation des circonstances de la cause, devra prendre en considération pour décider que l'adultère ne lui paraît pas suffisamment établi. Nous croyons donc que les résultats de l'application du nouvel article 230 seront, à peu de chose près les mêmes que ceux de l'application par l'ancienne jurisprudence de l'article 231 à l'adultère du mari hors de la maison commune. — C'est l'état de chose créé par l'ancienne jurisprudence que le législateur a sanctionné. — D'ailleurs la raison de décider reste au fond la même et l'appréciation du juge reste souveraine.

30. Avant que le législateur français eut retranché la

dernière partie de l'article 230 qui établissait une différence entre l'adultère du mari et celui de la femme, déjà ce principe de l'égalité des deux conjoints avait été consacré par la législation de la Hollande, par celle de la Bavière, ainsi que par le Code badois.

§ 2. — Des excès, sévices et injures graves.

31. Le texte définitif de l'article 231 que les Chambres ont adopté est celui de l'ancien texte du Code civil; il porte : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un envers l'autre. »

32. L'article 281 accorde à l'un et l'autre époux le droit d'intenter une action en divorce pour excès, sévices et injures graves. Quelques orateurs avaient prétendu que ce droit ne devait appartenir qu'à la femme. On a dit que l'homme, naturellement plus fort, doit pouvoir empêcher la femme de sévir contre lui. Les trois motifs exposés tout à l'heure, étant tous des abus de force et d'autorité, ne peuvent être invoqués que par le plus faible. Mais on a fait observer que précisément le plus faible n'était pas toujours la femme, qu'il y a un type de femme aux allures masculines qui existe réellement, puisqu'il y a dans la langue un terme pour le désigner, celui de *virago*.

33. Il n'en était pas ainsi dans notre ancienne législation : le mari n'était pas recevable à se plaindre des mauvais traitements que lui avait fait subir sa femme. C'est encore aujourd'hui dans certaines provinces reculées un trait de mœurs caractéristique. La loi a fort bien fait de rejeter cette tradition d'un autre âge. — On voit trop souvent, en effet, d'infâmes créatures prodiguer les outrages et les mauvais traitements à leurs maris, vieux et infirmes, et ces derniers ont incontestablement droit à la protection des lois.

34. Le législateur a pris soin de choisir des expressions qui ont l'avantage de ne pas gêner les juges par une signification stricte et précise. Le magistrat est maitre absolu d'apprécier l'importance et la gravité des faits allégués et de juger s'ils rentrent dans l'un des cas déterminés par la loi.

En principe toutefois, il y a une différence au point de vue de l'interprétation entre la première cause de divorce, c'est-à-dire les excès, et les deux autres, c'est-à-dire les sévices et les injures graves. Les discussions du Conseil d'État ont précisé le sens du mot *excès*, d'une manière beaucoup plus nette que celui des deux autres expressions.

Mais en fait, le magistrat est tout aussi libre de décider que tel ou tel cas rentre, soit dans les excès, soit dans les sévices, soit dans les injures graves. Cette appréciation du tribunal échappe dans ces trois ordres de faits à la censure de la Cour de cassation. — (Cass., 12 févr. 1806 et 19 mess. an XIII, S. et P. chr.)

Le juge, en effet, doit se préoccuper avant tout, en cette matière, des circonstances dans lesquelles se sont produits les faits invoqués devant lui. — Ainsi des faits qui, pris eux-mêmes, n'offraient rien de grave, pourraient, par suite des circonstances, entraîner la séparation de corps, ou le divorce, si leur ensemble constituait un système de continuelles et insupportables vexations. — (Paris, 7 août 1810, S. et P. chr.)

35. La loi laisse à la sagesse du juge l'appréciation des causes de séparation et de divorce. Ordinairement, les magistrats se gardent bien d'accorder la séparation pour des dissensions passagères ; mais ils n'hésitent pas à la prononcer quand ils aperçoivent entre les parties une antipathie, une haine invétérées, que la cohabitation ne pourrait que développer d'une façon plus intense. Le juge déclare donc que tels sévices, telles injures, tels mauvais traitements sont graves ou non, étant donnés les circonstances, le milieu, l'éducation des conjoints et les torts que l'époux offensé pouvait avoir envers l'autre. Leur appré-

ciation à cet égard est souveraine. — (Cass., 12 fév. 1806, S. et P. chr. ; 25 mai 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 896 ; 10 juin 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 898 ; 16 nov. 1825, S. et P. chr., D. P. 26. 1. 56, 11 janv. 1837, S. 37. 1. 640, P. 40. 1. 225, D. P. 37. 1. 225 ; 17 juin 1851, S. 51. 1. 721, P. 52. 1. 524 ; 6 févr. 1860 ; S. 61. 1. 72, P. 60. 760, D. P. 60. 1. 122 ; 14 janv. 1861, S. 61. 1. 719, P. 61. 131, D. P. 61. 1. 28 ; 4 mai 1863 ; S. 63. 1. 427, P. 64. 207 ; 8 janv. 1872, S. 72. 1. 66, P. 72. 142, D. P. 72. 1. 87 ; 7 févr. 1872, S, 72. 1. 336, P. 72. 832, D. P. 72. 1. 252 ; 17 déc. 1872, S. 72. 1. 412, P. 72. 1107, D. P. 73. 1. 156. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 177, § 491.)

(Quant au point de savoir dans quel cas un jugement de séparation de corps devra être considéré comme insuffisamment motivé, *V.* chapitre II, § *Jugement.*)

36. Les circonstances de la cause, surtout celles résultant du milieu social et de l'éducation, seront donc toujours d'un grand poids dans l'appréciation des faits constitutifs d'excès, sévices ou injures graves ; à l'inverse de ce qui se passe dans une certaine classe de la société d'habitudes indulgentes, la plus petite voie de fait pourra devenir, au contraire, un ineffaçable outrage dans un milieu d'éducation plus relevée où elle laissera, au cœur de l'offensé, une plaie toujours vive. — (Pau, 27 mars 1813, S. et P. chr. — Gand, 19 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 232, *Belgique judiciaire*, 73. 1269.)

37. Et les juges qui, statuant sur une demande en séparation de corps, décident que, quelle que soit la position sociale des époux, les faits articulés ont le caractère d'excès, sévices et injures graves de nature à motiver la séparation, doivent être réputés avoir ainsi apprécié cette position sociale comme élément de leur décision. — (Cass., 11 avril 1865, S. 66.1.238, P. 66.618, D. P. 66.1. 167. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 3 ; Duranton, t. 2, n. 552 et 553 ; Vazeille, t. 2, n. 541 ; Allemand, t. 2, n. 1367 ; Taulier, t. 1, p. 364 ; 11, 930,

D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 440.— *V.* aussi Rennes, 13 févr. 1817, P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 67 ; 17 févr. 1835, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 29. — Aubry et Rau, t. 5. p. 174, § 491 ; Chardon, n. 15 ; Demolombe, t. 4, n. 372; Le Senne, n. 35; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 9. — *V.* toutefois Bordeaux, 2 août 1842, P., 42. 2. 698.)

38. Cette opinion n'est pas universellement admise; un arrêt isolé décide en effet, contrairement aux décisions qui précèdent, que les emportements d'un mari épileptique ne sauraient être cause de séparation de corps, bien que le tribunal antérieurement n'ait pas cru devoir prononcer l'interdiction de ce chef. — (Paris, 8 juill. 1828, S. et P. chr. — *Sic*, Massol, p. 120.)

Mais l'espèce semble justifier cette décision, les attaques d'épilepsie dont il est question dans cet arrêt étaient rares et faciles à prévoir. D'ailleurs, le fait n'est-il pas le seul guide du juge en pareille matière ?

Il est impossible d'établir une règle absolue, et du reste, si nous pensons qu'il faut se préoccuper avant tout des modifications plus ou moins profondes que les faits allégués font subir aux relations conjugales, nous n'excluons pas des éléments d'appréciation les circonstances qui peuvent établir l'irresponsabilité de l'agent. — (Demolombe, t. 4, n. 401 ; Laurent, t. 3, n. 189 et 190.)

39. Il ne faut pas oublier toutefois que si le plus souvent le milieu social des époux et leur éducation est d'une importance capitale dans l'appréciation des causes déterminées de divorce, il est des injures et des sévices dont l'énormité échappe à toute atténuation. — (Dijon, 30 juill. 1868, D. P. 68. 2. 247.)

Afin de ne pas anticiper sur l'ordre que nous nous sommes tracé, nous nous contentons, pour l'instant, de renvoyer aux numéros 51 et suiv. où nous étudierons en eux-mêmes les faits constitutifs des sévices excès et injures.

graves. Continuons pour l'instant à examiner les divers éléments d'appréciation qui sont à la disposition des juges.

40. Le juge doit également tenir compte des faits qui ont pu provoquer chez le défendeur les injures ou les sévices.

Une femme qui a reçu de son mari des dénominations injurieuses mais méritées, qui a été frappée par lui au moment où elle violait la foi conjugale, n'est pas recevable à former une demande en divorce. Les outrages provoqués qu'elle a subis ne lui donnent pas le droit de priver son époux des avantages que lui assure le contrat de mariage. Le magistrat, il est vrai, fera droit à sa demande si elle prouve que sa vie est réellement en danger auprès de l'époux qu'elle a trompé. Mais si le juge, à qui appartient exclusivement le pouvoir d'apprécier cette preuve, trouve qu'elle n'est pas suffisante, la demande en divorce sera impitoyablement rejetée.

Ainsi, il a été jugé qu'un mari justement irrité contre la vie scandaleuse de son épouse peut, sans encourir le divorce, se porter contre elle à des voies de fait, à des outrages qui, dans toute autre circonstance, seraient inexcusables de sa part. Les sévices, les injures qui seraient suffisantes pour faire prononcer le divorce en faveur d'une femme vertueuse ne le sont pas nécessairement pour le faire prononcer en faveur d'une femme adultère. — (Cass., 14 prair. an XIII, S. et P. chr. — Metz, 7 nov. 1807, S. et P. chr. — Angers, 3 juin 1813, S. et P. chr. — *V.* toutefois *contrà*, Poitiers, 10 vent. an XI, S. et P. chr. — *V.* aussi *infrà*, n. 325 et suiv.)

41. Le premier résultat des principes que nous avons exposés concernant l'appréciation souveraine du juge en matière de divorce, c'est qu'un seul fait d'excès, sévices ou injures graves, peut, suivant les circonstances, motiver une demande et un jugement de divorce ou de séparation. — (Cass., 22 juin 1880, S. 81. 1. 268, P. 81. 1. 638.)

42. D'ailleurs, si les juges doivent considérer les faits dans les circonstances où ils se sont produits, ils ne doivent cependant pas sortir, dans leurs appréciations, du cercle ordinaire de la vie conjugale.

Ainsi, en matière de sévices, les circonstances que les faits reprochés au mari ne seraient pas de nature à entraîner contre lui une condamnation correctionnelle ne sauraient influer sur la décision des juges qui ont à décider d'une question de divorce ou de séparation de corps, ni enlever à ces faits la gravité qui peut les faire déclarer pertinents pour entraîner, s'ils sont prouvés, la séparation ou le divorce. Ainsi, il a été jugé que l'acquittement du mari traduit devant un tribunal de police correctionnelle pour coups et blessures envers sa femme n'empêche pas cette dernière de demander valablement sa séparation de corps, alors même que l'acquittement du mari aurait été suivi de son interdiction. — (Paris, 20 févr. 1828, S. et P. chr.)

43. D'après les mêmes principes, en considérant l'influence que les faits allégués par le demandeur exercent sur la vie commune des époux, on peut, dans une certaine mesure, n'avoir pas à se préoccuper du degré de responsabilité du défendeur, car il y a des cas où son irresponsabilité momentanée ou partielle ne saurait effacer les dangers ou les humiliations de la vie commune.

44. Ainsi la circonstance que les imputations dirigées contre la femme par le mari sont le résultat des troubles de son esprit et de sa décadence morale ne leur retire en aucune façon le caractère d'injures graves, quand leur continuité et leur malveillance rendent impossible toute cohabitation et chassent la femme du foyer conjugal. — (Montpellier, 1er févr. 1866, D. P. 67. 5. 390. — Trib. Seine, 27 nov. 1868. — *Gaz. des Trib.*, 6 janv. 1869, Trib. Lure, 14 mars 1863, *Ibid.* — Laurent, t. 3, n. 190.)

De même, les excès, sévices et injures graves constituent un motif légitime de divorce contre le mari qui

s'en est rendu coupable sous l'empire d'excitations alcooliques ou d'accès de jalousie, encore bien qu'à l'époque même où ces actes ont été commis, le mari ait été interné momentanément et mis en observation dans un asile d'aliénés, s'il a d'ailleurs été mis en liberté au bout de peu de temps, comme ayant la conscience de la responsabilité de ses actes. — (Paris, 29 avril 1881, S. 82. 2. 21. — Bruxelles, 10 août 1868, *Belgique judiciaire*, 71, 1125. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 186; Le Senne, n. 91, et suiv.)

D'ailleurs, les habitudes d'ivresse à elles seules suffiraient pour constituer une injure grave de nature à motiver, lorsqu'elle cause du scandale, une demande en séparation de corps ou en divorce. — (Liège, 10 août 1854, *Pasicrisie belge*, 56. 2. 440. — Trib. Anvers, 26 mai 1867, *Belgique judiciaire*, 67-68. 387. — Bruxelles, 10 août 1868, *Belgique judiciaire*, 71. 1125, *Pasicrisie belge*, 71. 2. 166. — Liège, 24 juill. 1872, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 58. — Gand, 29 déc. 1872, *Belgique judiciaire*, 73, 152, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 95. — Cass. belge, 22 juin 1883, S. 83. 1. 43. P. 83. 2. 4 et la note. — Trib. Meaux, 13 déc. 1882, S. 84. 2. 71.)

45. Nous avons déjà pu déduire de la jurisprudence sur l'article 231 deux faits, nous pourrions presque dire deux principes.

D'abord les juges apprécient souverainement les circonstances pouvant constituer les excès sévices et injures graves.

Ensuite le point de vue le plus sûr pour apprécier ces faits est celui de l'influence qu'ils ont sur les relations conjugales et l'intérieur des époux.

46. Nous pouvons maintenant diviser les applications de la jurisprudence entre les trois catégories de faits que prévoit l'article 231 :

1° Excès;

2° Sévices;

3° Injures graves.

47. Il est assez difficile de déterminer d'une manière précise le sens spécial de ces trois expressions. A ne consulter que leur signification vulgaire, on ne trouverait pas entre ces trois termes des différences bien profondes. Il est nécessaire, pour connaître la signification particulière de chacun de ces mots, de se reporter aux discussions du Conseil d'Etat et aux avis des Cours.

48. Le projet, anciennement adopté par le Conseil d'État, admettait comme cause de divorce l'*attentat* de l'un des époux à la vie de l'autre.

On réfléchit ensuite que plus d'un époux hésiterait à intenter contre son conjoint une action de nature à faire condamner celui-ci à des peines afflictives. Pour éviter aux époux cette cruelle alternative, on proposa de remplacer le mot «attentat à la vie», par celui d'*excès*, qui, dans le langage judiciaire, désigne tous les faits de nature à compromettre la sûreté d'une personne, sans tomber toutefois sous l'application d'un des articles du Code pénal. De plus, ce mot laissait au juge la liberté de ses appréciations, et lui permettait de faire la part à toutes les circonstances capables d'augmenter ou de diminuer l'importance des faits. Le mot « excès » remplaça donc dans le projet de la Commission celui d'*attentat à la vie*. Les excès, d'après les considérations précédentes, sont donc des actes de violence de nature à mettre en péril la vie d'une personne.

49. Il faut entendre alors par *sévices* des mauvais traitements qui, sans mettre en danger la sûreté du conjoint, troublent profondément son repos. Le terme ne peut s'appliquer à des actes passagers de vivacité; il faut en général qu'ils aient un caractère bien continu. — (Besançon, 13 vend. et 13 pluv. an XIII, S. et P. chr.)

50. L'*injure grave* comprend tous les faits capables de porter à l'honneur de l'un des conjoints un préjudice tel que la vie commune est devenue impossible. Dans l'ancien

droit, on entendait par injure grave une diffamation publique; dans ce cas, il devait y avoir à la fois outrage et publicité. Les auteurs du Code civil voulaient introduire dans l'article 231 cette manière de voir de l'ancienne jurisprudence. Sur la protestation de plusieurs Cours d'appel, qui firent remarquer le peu de précision de ces termes : « diffamation publique », on substitua à cette expression celle d'*injure grave.*

1° Excès.

51. Ainsi que nous l'avons fait remarquer *suprà*, n. 48, dans le langage du Code on doit considérer comme des excès les coups et les mauvais traitements, surtout quand ils sont de nature à faire craindre pour la vie de celui des deux époux qui en a été l'objet. — (Locré, *Législ.*, t. 5, p. 103, n. 7, art. 261 et 263, n. 2; Duranton, t. 2, n. 550 et suiv.; Toullier, t. 2, n. 672; Vazeille, t. 2, n. 541; Aubry et Rau, t. 5, p. 175, § 491; Laurent, t. 3, n. 186 et 187; Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 383.)

52. Ainsi, le fait par un mari, pour contraindre sa femme à le servir à table, de lui refuser des aliments pendant plusieurs jours consécutifs, de donner l'ordre à ses domestiques de lui en refuser également, constitue de sa part un excès dans le sens de l'article 281 — (Bruxelles, 13 fruct. an III, S. et P. chr.; 14 avril 1834, *Pasicrisie belge*, 34, 238.) De même des actes de violence, surtout s'ils sont accompagnés, comme presque toujours, d'invectives, de reproches plus ou moins blessants seront à bon droit considérés comme des excès. — (Bordeaux, 10 avr. 1826, P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 26.) — Telles seraient les violences exercées sur la personne de la femme pendant sa grossesse. — (Rouen, 30 mess. an XII, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 433; Le Senne, n. 70.) — Mais le simple abus que le mari ferait de ses

droits sur la personne de sa femme ne saurait être considéré comme suffisant, à titre d'excès, pour faire prononcer la séparation de corps (ou de divorce), alors que cet abus ne constituerait aucun acte ou tentative contre nature.—(Rennes, 13 déc. 1841, P. 42. 2. 576, D. P. 42. 2. 129.)

53. Comme on le voit, les excès ne laissent guère de place à l'appréciation ; quand un excès est prouvé, le fait est tellement grave qu'une atténuation, même celle résultant de la provocation, serait difficilement opposable. Un excès peut donc toujours servir de base à la séparation de corps ou au divorce, et quand un fait de cette nature est allégué, la pertinence est évidente et doit nécessairement être reconnue par le juge. —(Aubry et Rau, t. 5, p. 177, § 491 ; Demolombe, t. 4, n. 384; Duranton, t. 2, n. 550; Bournat, *Rev. prat.*, 1861, t. 11, p. 430.)

2° Sévices.

54. Comme nous l'avons vu plus haut (*suprà*, n. 49), les sévices sont en quelque sorte des excès à un moindre degré; leur caractère principal, c'est la continuité. Il n'est pas nécessaire que les mauvais traitements de la part d'un époux aient mis la vie de l'autre en danger, il suffit de mauvais traitements quelconques qui rendent la vie commune insupportable.—(Rouen, 30 mess. an XIII, S. et P. chr. — Besançon, 16 germ. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 886, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 56.)

55. D'ailleurs, si la continuité, qui est le caractère général des sévices, était exigée antérieurement au Code civil pour motiver le divorce ou la séparation de corps, il n'en est plus de même aujourd'hui. Les sévices peuvent exister indépendamment de la condition de continuité. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient réitérés; il suffit, par exemple, que leur caractère de gravité et la façon dont ils se sont produits soient tels qu'on puisse craindre avec raison de les voir devenir plus violents encore. —

(Cass., 21 mars 1815, S. et P. chr. — Besançon, 9 avr. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 893, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 72.—*Contrà*, Besançon, 13 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 893. — Paris, 27 mars 1813, S. et P. chr., D. A. 11. 939, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 470.)

On a jugé plus spécialement que le fait par un mari de forcer un secrétaire, pour y prendre une somme provenant d'un bien paraphernal appartenant à sa femme, constitue, surtout lorsque ce fait est accompagné d'autres circonstances, un sévice dans le sens attaché à ce mot par l'article 231. — (Nîmes, 16 juill. 1849, S. 52. 2. 45, P. 51. 2. 335, D. P. 50. 2. 423.) — Il s'est présenté un autre cas qui caractérise bien le sévice : c'est l'emprisonnement de la femme facilité par l'autorité administrative, d'une façon absolument arbitraire, pour certains torts de la femme qui n'avaient point été déférés à la justice, sans doute parce que le mari les considérait comme insuffisants pour entraîner contre elle une condamnation. — (Cass., 16 nov. 1825, S. et P. chr., D. P. 26. 1. 56. — Rouen, 8 avr. 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 887. — *Sic*, Chardon, n° 59. — *V.* aussi Le Senne, n. 95.)

56. Les sévices laissent beaucoup plus de place que les excès pour l'application des règles d'appréciation que nous avons posées en commençant (V. *suprà*, n. 53). Ainsi on a jugé, en tenant un grand compte des circonstances de la cause, que lorsqu'un mari, avec la simple autorisation de la police, a fait détenir arbitrairement sa femme dans une maison de santé (antérieurement à la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés), pour y rester jusqu'à complète guérison d'un dérangement de ses facultés mentales, ne s'est pas rendu coupable de sévices dans le sens de l'article 231. Et que, par conséquent, la femme une fois guérie n'a pu valablement baser sur ce fait une action en divorce, en alléguant la nature cependant arbitraire d'un internement que les juges n'avaient pas autorisé. — (Paris, 10 janv. 1807, P. chr.) — Une Cour du Midi a même été jusqu'à décider que le devoir d'éducation qui incombe

au mari, lorsque sa femme est d'une excessive jeunesse, lui permet d'employer les moyens nécessaires en pareil cas, et que, par exemple, les actes de correction ou de vivacité maritale qui ont été accomplis par lui dans l'intérêt de l'éducation de sa jeune femme ne doivent pas être classés au nombre des sévices de nature à motiver de la part de cette dernière une demande en séparation de corps. — (Chambéry, 4 mai 1872, S. 72. 2. 217, P. 73. 885, D. P. 73. 2. 129.)

57. Un des faits qui sont le plus souvent invoqués devant les tribunaux par le défendeur, auquel on reproche des sévices, c'est la provocation. Ce fait peut sans doute être ici considéré comme un élément utile d'appréciation; mais la nature du sévice, bien qu'il soit moins grave que l'*excès*, est cependant telle, que la provocation n'en saurait changer le caractère. Les juges, lorsque d'autre part le sévice sera certain, ne devront donc voir dans la provocation qu'une simple atténuation et non une justification. — (Montpellier, 7 juin 1853, S. 55. 2. 573. — Bordeaux, 3 mai 1877, *France judiciaire*, 77-78. 2. 55. — Bruxelles, 15 mars 1854, *Pasicrisie belge*, 55. 2. 353. — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 30 et suiv.)—Conformément à ce principe, il a été décidé qu'on ne doit pas considérer comme de nature à enlever aux sévices dont le défendeur s'est rendu coupable leur caractère de pertinence, la provocation résultant, soit des injures verbales de la femme (Poitiers, 10 vent. an XI, S. et P. chr. D. A. 11. 931, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 467), soit de la blessure que la femme aurait faite au mari en se défendant contre lui. — (Poitiers, 10 vent. an XI, S. et P. chr., D. A. 11. 931, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 467.)

58. Nous devons toutefois reconnaître que cette opinion, qui ne considère pas la provocation du demandeur comme suffisante pour enlever à certains faits du défendeur leur caractère de sévices, n'a pas toujours rallié la majorité des suffrages; aussi, d'après des arrêts déjà an-

ciens, les violences et les sévices ne seraient pas une cause de divorce, s'il y avait eu provocation. — (Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 890, D. *Rép*,, v° *Séparation de corps*, n. 198.)—... Et la demande en divorce, formée par une femme pour cause de sévices, d'excès et d'injures graves, pourrait être écartée par la preuve qu'elle les a provoqués par son inconduite. — (Cass. 4 prair. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 931.—Angers, 3 juin 1813, S. et P. chr.)

59. Nous aurons l'occasion d'examiner d'une façon détaillée ce système que nous n'approuvons point, quand nous étudierons plus tard, au paragraphe consacré aux fins de non-recevoir, la question très intéressante de savoir si la réciprocité des torts peut, en général, être invoquée comme fin de non-recevoir en matière de divorce ou de séparation de corps (V. *infrà*, ch. 2, sect. 3, § 2). Cependant, avant de quitter cette question de la provocation en matière de sévices, disons un mot d'une espèce qui peut se présenter et qui s'est effectivement présentée devant une Cour étrangère. Deux époux demandent l'un et l'autre le divorce pour excès et sévices, et même pour injures graves : tout y est. Les sévices sont de part et d'autre suffisamment irrécusables ; que faudra-t-il décider ? Dans notre système, les provocations ne pouvant faire disparaître les sévices, il faudrait prononcer le divorce contre les deux époux. La Cour de Gand a jugé autrement ; elle a décidé que les excès et sévices de l'un des époux étaient tellement atténués par ceux dont l'autre s'est rendu coupable, qu'aucun d'eux n'y trouve une base suffisante pour l'application de l'article 231, et que l'action en divorce doit de part et d'autre être rejetée comme mal fondée. — (Gand, 2 août 1851, *Belgique judiciaire*, 64. 1236, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 176.)

60. Un fait qui pourra encore rentrer dans la définition que nous avons donnée des sévices, c'est la séquestration de la femme par le mari. Le juge aura, si le fait se présente,

à apprécier les circonstances qui l'ont amené et le caractère plus ou moins sévère, plus ou moins bénin, qu'il pourra présenter. La séquestration, si elle est complète, absolue, répondant bien au sens étroit du mot, pourra produire les effets les plus désastreux sur le moral et la santé de la femme. Dans ce cas, on devrait regarder cet acte odieux non seulement comme un sévice, mais encore comme un excès de nature à mettre en danger la vie même de la femme. Mais il faudrait se garder aussi d'appeler séquestration ce qui ne serait en réalité que le résultat ou la manifestation du tempérament et des habitudes sédentaires du mari ; il est peu de femmes, en effet, dans celles qui viennent trouver un avocat ou un avoué, pour leur demander d'intenter une action en séparation de corps ou en divorce, qui ne commence par se prétendre plus ou moins séquestrées; la prétendue séquestration, dans cette dernière hypothèse, peut bien n'être même pas le résultat de l'exercice de l'autorité maritale et n'avoir d'autre cause qu'un fait purement étranger à la volonté du mari, tel par exemple que les exigences de sa profession ou de sa santé. Mais il pourrait se faire néanmoins que sans être séquestrée, au sens propre du mot, la femme ait à subir de la part de son mari les atteintes d'une jalousie outrageante ou vexatoire, se traduisant par des contrariétés incessantes, qui, par leur continuité, pourraient passer pour des sévices et qui, par leur motif et leur caractère, seraient au moins des injures graves. Comme on le voit, lorsque la séquestration arbitraire sera invoquée par la femme demanderesse, le champ de l'appréciation souveraine du juge sera excessivement vaste. — (*V.* à cet égard Villequet, *du Divorce*, p. 68, n. 5.)

3° Injures graves.

61. On entend par injures graves les outrages à la personne, soit par écrit, soit verbalement, en public (devant des parents, des domestiques, des témoins), ou même en secret. Le texte dit : *injures graves*. L'appréciation de la

gravité de l'injure est soumise au tribunal. C'est là une question de fait. Les magistrats devront, comme toujours, tenir compte de la situation des personnes et de leur éducation. Il y a des mots, des injures insuffisantes pour effleurer l'épiderme de certaines femmes, qui frapperont cruellement au cœur des natures plus délicates. Qu'est-ce, pour nous servir d'un exemple cité par Pothier, qu'un soufflet ou un coup de poing, presqu'immédiatement suivi de représailles et d'oubli complet de part d'autre?

Aussi, comme le rappelait fort heureusement M. Marcel Barthe, au Sénat (séance du 21 juin 1884, *Journal officiel*, 22 juin): « Molière, il y a un siècle, Béranger, de nos jours, ont pu, sans blesser le bon sens public, dire que certaines femmes aimaient à être battues, parce qu'une querelle est suivie d'une réconciliation amenant un témoignage de tendresse de la part du mari. Notre chansonnier populaire a pu dire, dans un de ses poèmes les plus gais, qu'un orage, dans la mansarde d'un ménage d'ouvriers, est un beau jour :

> Commissaire, laissez faire,
> Non, cela ne vous regarde pas,
> Colin bat sa ménagère,
> Pour l'amour, c'est un beau jour.

« Il y a là, Messieurs, ajoutait M. Marcel Barthe, une appréciation de bon sens qui vous indique quels seront les dangers qui pourront résulter de l'admission des excès, sévices, injures graves, comme cause de divorce à l'égard d'un ménage d'ouvriers, lorsqu'ils ont des enfants.»

Nous croyons toutefois que le Sénat a fort bien fait dans la circonstance de repousser les conclusions de M. Marcel Barthe, car nous ne voyons pas que les classes ouvrières aient abusé jusqu'ici de l'article 231 du Code civil, et il y a tout lieu de penser qu'elles y auront encore moins recours maintenant, surtout que, par le seul fait de la faculté de divorcer, l'application de l'article 231 emprunte au nouvel état de choses une singulière gravité.

62. Quoi qu'il en soit, on peut dire d'une façon générale

que les injures graves, dans le sens de l'article 231, sont les actes, les écrits ou les paroles par lesquelles un des époux porte une atteinte quelconque à l'honneur et à la considération de son conjoint, ou témoigne à son égard sa haine ou son mépris. —(Trib. Bruxelles, 17 janv. 1857, *Belgique judiciaire*, 57. 554. — Cette définition est également adoptée par MM. Demolombe, t. 4, n. 383; Aubry et Rau, t. 5, n. 175 et 176, § 491 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 34 et suiv.)

Si l'on consulte la jurisprudence française et étrangère, on constate que la plus grande partie des affaires en divorce reposent sur le fait d'injures graves ; c'est la cause la plus fréquemment invoquée. Les espèces sont innombrables ; on conçoit facilement, en effet, que l'expression d'un sentiment tel que la haine ou le mépris puisse revêtir une quantité considérable de manifestations. Par une conséquence naturelle, l'injure grave étant d'ailleurs la moins précise et la moins répréhensible des causes déterminées de divorce, c'est en cette matière que l'appréciation des juges du fond trouve le champ le plus vaste ; ici, rien ne peut faire obstacle aux distinctions, aux considérations de toute sorte. Contrairement à ce qui peut arriver quand le demandeur invoque dans sa requête des cas d'excès ou de sévices, le juge, avant de déclarer les faits pertinents, doit toujours exiger qu'ils soient spécifiés et circonstanciés, parce que, ainsi que nous l'avons déjà fait pressentir en commençant ce paragraphe (*V.* le n° précédent), des circonstances seules dépend presque toujours le point de savoir si un fait, une parole ou un écrit constitue ou non une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps ou en divorce. Nous aurons tous ces points à examiner en passant en revue les cas dans lesquels l'injure grave peut être invoquée admise et considérée comme suffisamment établie, les circonstances de toute nature qui peuvent en atténuer ou en aggraver le caractère et la portée. — Les nombreuses espèces que nous avons à étudier se répartissent naturellement en trois groupes :

1° Injures verbales ;
2° Injures écrites ;
3° Faits injurieux.

1° Injures verbales.

63. Une des circonstances les plus caractéristiques et les plus aggravantes de l'injure, et plus particulièrement de l'injure verbale, c'est la publicité. On pourrait presque affirmer que, quels que soient le milieu social, l'éducation et les habitudes des époux, lorsqu'il y a eu publicité dans l'injure, le mal est sans remèdes. Cette dernière peut dès lors être considérée comme suffisamment grave pour motiver une action en divorce ou en séparation de corps. Il est bien entendu, d'ailleurs, que lorsque nous parlons ici de publicité, c'est dans le sens le plus restreint du mot, et non dans le sens où on l'emploie généralement en droit pénal. Il y aura publicité suffisante pour constituer l'injure grave lorsque l'outrage verbale se sera produite devant quelques personnes, devant des amis, les enfants, les domestiques, etc. Ainsi, pour que des propos indécents ou grossiers soient réputés injures graves, au sens de l'article 231, il n'est aucunement nécessaire qu'ils aient été prononcés en public ; on a même jugé qu'il n'est pas nécessaire non plus qu'ils aient été réitérés sans provocation de la part du demandeur en divorce. Par exemple, si la publicité proprement dite, celle qui consiste dans l'audition des outrages par des tiers absolument étrangers aux époux, était exigée pour constituer l'injure grave, il en résulterait, ce qui serait contre le bon sens, qu'un mari pourrait impunément adresser à sa femme, chez lui, des reproches immérités d'inconduite, la traiter par exemple, sans encourir aucun risque, de voleuse ou d'adultère. Ce ne serait pas admissible, aussi est-ce en ce sens que s'est prononcée la Cour de Colmar, dans une espèce semblable. — (Colmar, 20 mess. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 937. — Maleville, t. 1. p. 249. — *Contrà*, sur la publicité, Toullier, t. 2, n. 672 ; Duranton, t. 2, n. 554 ;

Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 4; Zachariæ, t. 2, § 491, note 14; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 1, n. 4. — *V.* Massol, p. 41.)

A plus forte raison devrait-on considérer comme injure grave les mots *canaille* et *rosse* adressés par le mari à sa femme devant leurs enfants. — (Bruxelles, 23 avr. 1866, *Belgique judiciaire*, 66. 691, *Pasicrisie belge*, 67. 2. 83.)

64. Une femme a demandé la séparation de corps ou le divorce; au cours des débats elle se voit accusée d'adultère dans la plaidoirie de l'avocat; l'avoué présent à l'audience ratifie par son silence cette imputation : pourra-t-elle invoquer cette injure verbale pour en faire à son tour la base d'une demande en divorce ou en séparation de corps? Oui; il y a dans une injure ainsi proférée publiquement à l'audience, en plein prétoire, des caractères suffisants de gravité pour la faire rentrer dans les outrages prévus par l'article 231, et c'est vainement en pareil cas que l'on alléguerait que cette injure verbale est sortie de la bouche d'un avocat et non du mari lui-même. C'est en effet le mari qui parle par la bouche de l'avocat, ce dernier n'a pas à contester un fait que son client lui affirme, il n'est juge de la cause qu'avant de l'avoir acceptée. C'est ainsi d'ailleurs que l'a décidé la Cour de Rennes, dans son arrêt du 31 août 1833. —(S. 34. 2. 285, P. chr. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 99 et suiv. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 193.) — La femme pourrait donc demander acte au cours des débats des reproches contenus dans la plaidoirie de l'adversaire et s'en faire un moyen de séparation de corps ou de divorce. — (Orléans, 11 avr., P. chr. — *Contrà*, Laurent, *loc. cit.* —A plus forte raison devrait-on considérer comme pouvant motiver une demande en séparation de corps les injures et paroles diffamatoires que s'adressent des époux, pendant un procès en séparation de corps, alors que les causes pour lesquelles il y a eu demande ne sont pas établies. — (Rouen, 13 mars 1816, S. et P. chr., D. A. 11. 891. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 191. — *Contrà*, Massol, p. 30.).

65. Mais les simples récriminations de l'époux défendeur ne sont, en aucun cas, considérées comme des injures dont l'autre époux puisse se prévaloir à l'appui de sa demande. — (Turin, 15 germ. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 229. — Angers, 3 juin 1813, S. et P. chr. — *Sic*, Laurent, *loc. cit.*)

66. La continuité et la malveillance persistante des outrages adressés par un époux à l'autre peuvent aussi être considérée comme une aggravation de l'injure de nature à la faire rentrer dans les prévisions de l'art. 231. Il a été jugé, par exemple, que les imputations dirigées contre la femme par le mari, bien qu'elles soient le résultat des troubles de son esprit et de sa décadence morale, conservent néanmoins le caractère d'injures graves, quand leur continuité et leur malveillance rendent impossible toute cohabitation et chassent la femme du foyer conjugal. — (Montpellier, 1er févr. 1866, D. P. 67. 5. 390. *V.* aussi Trib. Seine, 27 nov. 1868, *Gazette des Trib.*, 6 janv. 1869. — Trib. Lure, 14 mars 1863, *Ibid.* — Laurent, t. 3, n. 190.)

67. Aussi bien ne nous sommes-nous occupé jusqu'à présent que des circonstances de nature à augmenter la gravité de l'injure verbale. Il peut se rencontrer également des hypothèses où cette injure se trouve par la force des choses considérablement atténuée. C'est en cette matière surtout que les habitudes et la manière de vivre des époux jouera le plus grand rôle. Si l'on suppose, par exemple, un mari qui dans les relations ordinaires de la vie a toujours montré pour sa femme les plus grands égards et la plus parfaite courtoisie, l'entourant des soins les plus touchants, veillant avec la plus grande sollicitude à ce que les domestiques, quand elle était malade, ne la laissassent manquer de rien, et qui à deux reprises isolées, sous l'influence de faits extérieurs, se laisse aller à proférer contre elle des expressions injurieuses, ces expressions ne sauraient davantage être considérées suffisantes pour

entraîner contre lui une action en divorce.—(Bruxelles, 1er août 1860, *Belgique judiciaire*, 60. 1139 ; 9 février 1858, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 285.)— On a décidé dans le même sens que les épithètes malveillantes que le mari donne à sa femme même devant témoins, dans une discussion d'intérêts où il se laisse aller à la traiter de folle qu'il devrait faire interdire, peuvent, à raison des circonstances, ne pas être considérées comme des injures graves.—(Caen, 11 janv. 1837, S. 37. 2. 161, P. 37. 1. 370, D. P. 37. 2. 104. — *Sic*, Laurent, n. 191, et le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, sur l'article 231, n. 108.)

L'on devrait de même considérer comme irrelevantes les discussions et les scènes regrettables qui n'ont leur source que dans le peu de cas que la femme demanderesse en divorce fait de l'autorité maritale. —(Bruxelles, 9 févr. 1858 et 1er août 1860, précités.)

68. En tous cas, les juges doivent montrer la plus grande prudence dans l'appréciation des circonstances qui entourent les paroles outrageantes qui leur sont proposées comme moyens de divorce, et cela, soit que ces circonstances puissent aggraver, soit au contraire qu'elles puissent atténuer les faits reprochés au défendeur. Ainsi, nous ne saurions admettre, comme l'a fait un jugement du tribunal d'Anvers, que les injures, les paroles grossières proférées par la femme contre son mari, lorsqu'elle était en état d'ivresse, et accompagnées d'actes contraires à la pudeur, puisent dans le fait même de l'ivresse une atténuation qui leur enlève leur caractère de gravité suffisant pour motiver une action en divorce. —(Trib. Anvers, 26 mai 1867, *Belgique judiciaire*, 67. 1081 ; Cloës et Bonjean, *Jurisprudence des tribunaux de 1re instance*, 67-68, 887.)—Il est vrai que ce jugement faisait remarquer que, dans l'espèce, le mari ne s'était pas suffisamment opposé aux malheureux penchants de sa femme ; mais cette circonstance ne saurait constituer, suivant nous, une justification suffisante de cette décison. Dans la manière de voir de la jurisprudence française, l'ivresse serait

plutôt considérée comme une aggravation que comme une atténuation. (V. *suprà*, n° 44.)

2° Écrits injurieux.

69. La publicité qui semble un élément presque nécessaire pour l'injure verbale l'est beaucoup moins quand il s'agit d'écrits ou de faits injurieux; ceux-ci tirent d'eux-mêmes toute leur gravité en ce qui concerne particulièrement les écrits injurieux. On conçoit facilement que le caractère de gravité qu'ils tiennent de leur seule nature d'écrit est suffisant en l'absence même de toute publicité, de toute communication de leur contenu à des tiers, *verba volant*, *scripta manent*. Il a été jugé, par exemple, que les lettres écrites par un mari à sa femme et contenant des outrages pourraient, alors même qu'elles n'auraient reçu aucune publicité, être considérées comme des injures graves, de nature à donner lieu au divorce. — (Dijon, 30 pluv. an XIII, S. et P. chr.—Poitiers, 29 juill. 1806, S. et P. chr.; Cass., 9 nov. 1830, S. 31. 1. 155, P. chr., D. P. 30. 1. 398. — Duranton, t. 2, n. 554). — Il a été jugé, de même, qu'on devrait considérer comme injures graves les lettres d'un mari à sa femme, dans lesquelles cette dernière est représentée comme dépourvue de cœur et de sens moral, incapable de comprendre ses devoirs d'épouse et de mère, haïssant son mari et foulant aux pieds, en présence de son jeune enfant, les plus vulgaires convenances, si ces reproches étaient immérités. — (Bruxelles, 24 avr. 1866, *Pasicrisie belge*, 67. 2. 83; *Belgique juidciaire*, 66. 691.)

Et il en serait ainsi surtout si les lettres ayant été reproduites en plusieurs copies, la diffamation est devenue publique. — (Dijon, 30 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 891.)

70. Il en est autrement, toutefois, si les lettres n'ont reçu de publicité que par la plainte de la femme elle-même. — (Metz, 7 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 928.—*Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 115 et suiv.)

Mais on ne saurait contester que l'époux demandeur en divorce ou en séparation de corps a le droit d'invoquer à l'appui de sa demande les lettres outrageantes qu'au cours de l'instance son conjoint a écrites à des tiers dans l'intention, formellement exprimée, de les voir communiquer au demandeur.—(Bruxelles, 26 janv. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 175, *Belgique judiciaire*, 75. 340.)

71. L'injure, en pareil cas, consiste surtout dans le fait de la connaissance qu'en a eue le défendeur; il est en effet évident qu'on ne saurait être injurié qu'autant qu'on est touché par l'injure, et nous croyons à cet égard qu'il importe de savoir si on a été touché directement ou indirectement par le fait intentionnel de l'auteur même de l'injure, ou par une circonstance, une indiscrétion par exemple, qu'il n'a pas été maitre d'empêcher. Une injure acquiert un singulier caractère de gravité par ce fait seul qu'elle est adressée à la personne même qui en est l'objet, et non pas à un tiers dont le devoir est de l'étouffer par son silence. Ainsi, pour conserver l'exemple que nous venons de prendre, supposons que la lettre missive injurieuse pour la femme, au lieu de lui être adressée à elle-même, l'ait été à un autre, — à son père ou à sa mère par exemple, — il nous semble qu'en pareil cas il faudrait, pour que la femme puisse demander utilement le divorce, qu'elle connût les lettres, qu'elle les connût par le fait et l'intention du mari, ou tout au moins par une publicité que ce dernier aurait provoquée. C'est en ce sens qu'on a décidé que les lettres confidentielles écrites par un mari à son beau-père, et contenant des outrages contre sa femme, ne pouvaient être considérées comme injures graves, de nature à faire prononcer le divorce, alors qu'elles n'avaient été rendues publiques que par la plainte de la femme demanderesse en divorce et sans la participation du mari. — (Metz, 7 pluv. an XII, S. et P. chr. — Limoges, 17 juin 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 871; Aix, 17 mai 1834, S. 35. 2. 172, P. chr.) — Mais des lettres écrites par un mari à son beau-père, et contenant

des outrages envers son épouse, tels que l'imputation d'adultère, peuvent constituer une injure grave, capable de motiver la séparation de corps, si ces lettres ne présentent point un caractère purement confidentiel. — (Nîmes, 30 avr. 1834, S. 34. 2. 351, P. chr., D. P. 34. 2. 239.)

72. Il peut se faire cependant qu'un écrit injurieux, fût-ce même une lettre confidentielle adressée à la femme en personne et renfermant des imputations graves telle que celle d'adultère, se trouve, par suite de circonstances absolument indépendantes de ce caractère confidentiel, être considéré comme ne constituant pas une injure grave envers la femme. C'est ce qu'on a décidé, par exemple, dans une espèce où le mari était connu comme absolument dépourvu d'éducation, et où la femme, par sa conduite antérieure au mariage, justifiait jusqu'à un certain point les soupçons du mari. — (Bourges, 4 janv. 1825, S. et P. chr., D. P. 25. 2. 139.)

73. Relativement au cas inverse, où il s'agit de lettres de la femme, outrageantes pour son mari, il a été jugé que de telles lettres adressées au mari lui-même peuvent, selon les circonstances, et alors même que ces lettres n'auraient reçu aucune publicité de la part de la femme, constituer une injure grave, susceptible de motiver la séparation de corps. — (Cass., 9 nov. 1830, S. 31. 1. 155, P. chr., D. P. 30. 2. 398.) — Spécialement une lettre contenant des injures graves, adressée durant l'instance en divorce par la défenderesse à son mari, peut suffire pour faire admettre la demande, sans qu'il soit dès lors nécessaire de recourir aux enquêtes ordonnées, si les circonstances de la cause écartent toute idée de connivence. — (Liège, 9 déc. 1846, *Pasicrisie belge*, 48. 2. 336.) On a également considéré avec raison comme injures graves les lettres dans lesquelles la femme impute à son mari des relations adultères, et l'accuse de manquer à tous ses devoirs de père de famille, alors surtout qu'au cours de la

procédure en divorce, la femme qui a demandé à faire la preuve des faits mentionnés dans ces lettres n'a pu les établir. — (Liège, 27 janv. 1864, *Belgique judiciaire*, 64. 300. *Pasicrisie belge*, 65. 2. 17.)

74. A plus forte raison on peut considérer comme ne donnant pas ouverture à une demande en séparation de corps, à raison de leur caractère confidentiel, les lettres outrageantes pour le mari que la femme a écrites au chef du parquet, et les écarter en conséquence des débats, malgré la demande du mari tendant à ce qu'elles soient produites. — (Agen, 16 déc. 1819, sous Cass., 9 mars 1820, S. et P. chr.)

75. Après les lettres missives, la manifestation la plus fréquente des injures par écrit, sur lesquelles peut être basée une demande en divorce ou en séparation de corps, se rencontre dans les actes de procédure. Dans cet ordre d'idées on peut considérer comme injures graves, au sens de l'article 231, l'usage fait à l'audience, par le mari défendeur, de pièces de nature à compromettre particulièrement l'honneur de sa femme, alors surtout qu'il accompagne les pièces d'allégations diffamatoires. (Paris, 25 févr. 1811, S et P. chr.) — On considère également comme injure grave la communication non confidentielle que ferait le mari à l'avoué de sa femme d'un mémoire outrageant pour elle, encore que le mémoire n'eût été ni publié, ni imprimé, ni distribué. — (Cass., 6 mai 1851, D P. 54. 5. 688. — Paris, 4 janv. 1850, *Ibid.*)

76. Remarquons toutefois que, pour que des actes de procédure puissent être considérés comme renfermant des injures graves de la part de l'un des époux envers l'autre, il faut nécessairement que les imputations outrageantes contenues dans ces actes aient été sinon dictées au sens propre du mot, au moins suggérées par l'époux, car si rigoureusement on peut dire qu'il parle par la bouche d'un avocat, il y aurait sans aucun doute exa-

gération, étant donnés les usages constants de la basoche, à le rendre responsable de toutes les allégations que l'on peut rencontrer dans des actes de procédure.

77. Aussi est-ce avec raison, suivant nous, que la Cour de Paris a décidé que les expressions injurieuses et diffamatoires pour la femme, contenues dans des actes de procédure, ne sauraient constituer contre le mari un grief d'injures graves, s'il est établi qu'il est resté absolument étranger à la rédaction de ces actes. — (Paris, 10 janv. 1952, D. P. 52. 2. 5.)

Il a été décidé encore que l'imputation d'adultère adressée à tort par un mari à sa femme en justice peut motiver une demande en séparation de corps, de la part de celle-ci. — (Metz, 7 mai 1807, précité. — Gênes, 19 août 1811, S. et P. chr.)

78. Lorsqu'il s'agit d'écrits que la partie défenderesse en séparation de corps considère comme injurieux, il y a une circonstance qui est naturellement d'un grand poids. Cette circonstance peut également se présenter en matière d'injures verbales, c'est la provocation. Lorsqu'il s'agit d'injures écrites qui ne seraient pas contenues dans des lettres missives, on peut se demander si néanmoins elles ne constituent pas une réponse et quelquefois même une défense. On ne saurait, par exemple, toujours considérer comme une injure grave l'insertion par laquelle un mari annonce dans le journal qu'il ne paiera pas les dettes de sa femme.—(Douai, 14 janv. 1857, D. P. 57. 2. 133. — *Sic*, Laurent, t. 3. n. 191.) — On a toutefois jugé avec raison que l'annonce faite par le mari dans les journaux qu'il ne paiera pas les dettes que sa femme pourrait contracter, alors qu'aucune réclamation ne lui aurait encore été adressée, constitue pour la femme une offense qui, à raison de la condition sociale des parties, peut cependant ne pas être considérée, prise isolément, comme suffisante pour motiver la séparation de corps. —(Colmar, 1er juill. 1858, P. 59. 1210, D. P. 58, 2. 212.)

79. Mais l'annonce que le mari fait faire dans les journaux pour avertir les tiers qu'il ne reconnaîtra plus les dettes de sa femme, doit, surtout lorsqu'elle est jointe à la circonstance d'une rupture et d'un abandon complet, être considérée comme une injure grave.— (Bruxelles, 29 juill. 1858, *Belgique judic.*, 59. 1180. *Pasicr. belge* 58. 2. 184.)

3° Faits injurieux.

80. C'est surtout en ce qui concerne les faits injurieux que les espèces déjà examinées par la jurisprudence et les auteurs sont nombreuses. C'est aussi en cette matière, plus encore que lorsqu'il s'agit de paroles ou d'écrits outrageants, que l'appréciation souveraine des juges du fond pourra se donner carrière ; les circonstances sont en effet singulièrement variées. On peut même dire qu'il est impossible, lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère injurieux d'un fait, de se renfermer dans les limites de certaines règles, si indéterminées qu'elles soient. Cependant, avant d'entrer dans l'examen des différentes espèces qui peuvent se présenter ici, peut-être ne serait-il pas inutile d'indiquer certains traits généraux et caractéristiques de ce qu'on pourrait appeler l'injure par action et par omission ; le premier caractère du fait qui peut constituer une injure grave au sens de l'article 231, c'est que la circonstance qu'il a été accompli même avant la célébration du mariage ne lui enlève point sa nature d'injure grave, bien que dans ce cas on ne puisse, à proprement parler, le considérer comme une infraction à la foi conjugale et aux lois du mariage.— (*V.* en ce sens, Bordeaux, 22 mai 1826, S. et P. chr. — Bruxelles, 2 juin 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 1060 ; *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 392. — *Contrà*, Laurent, t, 3, n. 192.). — De ce fait que des actes constituant injures graves au sens de l'article 231 peuvent être antérieurs au mariage, il résulte naturellement qu'un des époux peut se considérer comme gravement offensé, sans cependant qu'on puisse affirmer que son conjoint ait accompli intentionnellement à son égard, et en vue de l'offenser person-

nellement, le fait qu'on lui reproche. Ce fait peut donc être aussi spontané ou involontaire, matériel ou moral ; mais sans qu'il y ait toutefois corrélation entre ces derniers caractères. Ainsi, un fait matériel tel que la grossesse antérieure au mariage pourra ne pas être une injure intentionnelle au point de vue du conjoint, si l'on considère bien entendu le fait en lui-même, indépendamment de cet autre fait très important qui consiste à avoir omis de prévenir le futur conjoint. L'injure peut également être indirecte, c'est-à-dire résulter d'outrages, d'excès ou de sévices exercés sur une personne qui n'est pas le demandeur, mais qui lui touche de très près ; nous en verrons de curieux exemples. Malgré l'affinité que l'innombrable variété des espèces crée nécessairement entre les actes constitutifs d'injures, nous avons pensé néanmoins qu'il serait possible, pour la clarté du sujet, de les diviser en deux grandes catégories :

1° Faits matériels ;

2° Faits moraux.

81. La première catégorie comprendra les actes injurieux qui pourront se grouper autour de certains chefs qu'on rencontre plus fréquemment dans la pratique, tels que l'abandon des époux l'un par l'autre, le refus de cohabitation, la communication du mal vénérien, l'abstention du devoir conjugal, etc. Dans la seconde catégorie, nous classerons les condamnations encourues par l'un des époux, en dehors du cas spécialement prévu par l'article 232, le fait par la femme d'être inscrite sur les registres de la police, etc., etc. Si arbitraire que doive nécessairement paraître une classification quelconque en pareille matière, celle-ci, que nous proposons pour ce qu'elle vaut, aura du moins l'avantage de rendre au lecteur les recherches plus faciles.

1° Faits matériels.

82. En tête des faits qui composent la première catégorie viennent naturellement se placer les infractions

aux droits et aux devoirs que les époux se créent en se mariant, ou mieux le refus des époux d'accomplir les obligations mutuelles qui leur sont imposées par l'article 214, C. civ. — (Bruxelles, 8 fruct. an XIII, S. et P. chr. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 102 et 338; Aubry et Rau, t. 5, p. 177 § 491; Laurent, t. 3, n° 193; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 40 et suiv.)

83. Nous avons déjà vu, *suprà*, n. 52, le refus par le mari de fournir à sa femme les aliments nécessaires à la vie, acte que la jurisprudence belge a classé parmi les sévices. La plus grave des infractions aux devoirs conjugaux est certainement, après celle-ci, l'abandon de l'un des époux par l'autre; la jurisprudence n'hésite pas à y voir une cause de divorce ou de séparation de corps.

Tel serait le fait de la part du mari d'abandonner le domicile conjugal et d'aller habiter dans une autre ville sans en prévenir sa femme, sans lui donner de ses nouvelles et sans lui faire passer aucun secours pendant plus de trois ans, alors même que, durant l'instance en divorce ou en séparation de corps, le mari aurait offert de recevoir sa femme. — (Bordeaux, 28 flor. an IX, S. et P. chr., D. A. 11. 920, D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 557 — *Sic*, Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Fuzier-Herman, *loc. cit.*

Il en est ainsi surtout lorsque la femme a fait toutes les démarches possibles pour ramener son époux à des sentiments meilleurs et que toutes les circonstances concourent à démontrer qu'il n'y a pas entre les parties collusion dans le but de se soustraire à la loi qui prohibe le consentement mutuel. — (Trib. Hasselt (Belgique), 13 févr. 1850, *Belgique judiciaire*, 50, 362.)

Il a été jugé de même, au cas où un mari était resté absent sans nouvelles pendant cinq ans, et bien qu'il eût donné de ses nouvelles avant la prononciation du divorce. — (Cass., 18 fruct. an XII, S. et P. chr., D. A. 11. 920. — Paris, 12 prair. an XI, S. et P. chr.) — Et l'injure serait d'autant plus grave que la désertion par le mari du domi-

cile conjugal s'accomplirait publiquement et sans provocation. — (Bruxelles, 7 juill. 1873, *Belgique judiciaire*, 74. 866.)

84. Le mari se rend encore coupable d'injure grave envers sa femme lorsque, dans le but de cesser avec elle toute cohabitation, il l'abandonne en l'autorisant à choisir un autre domicile. — (Bourges, 4 févr. 1835, P. chr.)

Ou si, après avoir quitté le domicile conjugal sous l'influence de certains faits qui étaient entre lui et sa femme la principale cause de discorde, il refuse de lui indiquer un autre domicile dans lequel elle puisse être à l'abri des causes de discorde qui avaient précédemment mis le trouble dans le ménage commun, et refuse également d'obtenir, pour elle, de sa famille les soins rendus nécessaires par son âge avancé. — (Cass., 6 févr. 1860, S. 61. 1. 74, P. 60. 1. 122.)

D'ailleurs, ce fait de l'abandon d'une femme par son mari serait singulièrement aggravé et ne pourrait plus être rejeté comme cause de divorce, s'il s'y joignait cette circonstance, qu'après avoir cessé tout rapport avec sa femme, il annoncerait dans les journaux qu'il ne paierait pas les dettes de cette dernière. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Belgique judiciaire*, 68, 1860, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342.)

De même, quel que soit dans la société le rang occupé par les époux, le fait d'avoir abandonné sa femme dans le plus complet dénûment à l'époque de ses couches, et d'avoir répété à qui voulait l'entendre, en apprenant la naissance d'un de ses enfants, qu'*il aimerait mieux qu'on lui annonçât la mort de sa femme*, constitue un ensemble d'injures graves. — (Dijon, 30 juill. 1868. D. P. 68, 2. 247. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 194. — V. *suprà*, n. 78.)

Il en serait de même, *à fortiori*, dans le cas d'un mari qui, après avoir abandonné sans ressources sa femme et leur enfant commun, se reconnaitrait père d'un autre enfant né d'une femme qu'il ferait passer pour son épouse. — (Bordeaux, 28 flor. an IX, S. et P. chr. — Aix, 28 avr. 1843, P. 43. 2. 666.)

85. Il va sans dire que la situation ne pourrait changer en aucune façon et qu'il y a toujours injure grave lorsque, dans les mêmes circonstances, c'est la femme qui abandonne le domicile conjugal. On pourrait même dire que l'abandon du domicile conjugal par la femme est souvent, dans les hypothèses où il peut se produire, plus grave que lorsqu'il a le mari pour auteur. Si d'ailleurs ce dernier doit aide et protection à sa femme, la femme de son côté doit obéissance. Ainsi, la femme qui abandonne le domicile conjugal peut, de son côté, commettre par ce fait et suivant les circonstances une injure grave envers son mari. — (Paris, 23 févr. 1847, P. 47. 1. 435. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 388; Aubry et Rau, t. 5, p. 176, § 191; Laurent, t. 3, n. 195.)

86. L'abandon par la femme du domicile conjugal ne peut guère se produire sans circonstances aggravantes. L'épouse qui déserte le foyer domestique, quitte son mari, ses enfants, l'intérieur dont elle avait naturellement la direction et la responsabilité, commet, sans contredit, la faute la plus irréparable dans laquelle puisse tomber une femme; elle est presque toujours, en arrivant à cette extrémité, prête à toutes les erreurs, à tous les égarements. On a vu des mères de famille dans ces circonstances, après avoir abandonné leur poste d'honneur, prétexter l'insuffisance des ressources du mari, vivre à l'hôtel du produit de la vente de l'argenterie du ménage, se livrer à toutes les passions dégradantes, même celle de l'ivrognerie, et ne pas craindre d'invoquer comme justification, sans preuves et sans raison, de prétendues légèretés du mari; il est évident qu'en pareil cas, ce dernier sera en droit de demander le divorce pour injures graves. — (Trib. Anvers, 14 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 325.)

Ainsi, le fait de la femme demanderesse en séparation de corps, de s'être, pendant trente ans, refusée à réintégrer le domicile conjugal, constitue une injure grave, de nature à faire prononcer la séparation à la requête du

mari. — (Paris, 9 avr. 1875, S. 75. 2. 133, P. 75. 568, et la note.)

Ainsi, on peut poser en principe que l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux constitue envers l'autre une grave injure de nature à motiver une demande en divorce ou en séparation de corps. Nous avons cité, dans le sens de ce principe, des décisions judiciaires émanant de la jurisprudence française ou de la jurisprudence belge. Nous devons cependant constater que les tribunaux et les Cours de Belgique qui adoptent presque unanimement cette règle lorsqu'il s'agit, en matière de divorce, de l'abandon du mari par la femme, montrent une extrême indulgence pour l'hypothèse inverse de l'abandon de la femme par le mari. Dans ce dernier cas, la tendance des Cours et des tribunaux belges est d'exiger que la désertion du mari soit accompagnée de circonstances particulièrement graves. Nous repoussons d'une façon absolue cette inégalité inique entre l'homme et la femme en matière de divorce. Nous avons d'ailleurs donné nos raisons (*suprà*, n. 22 et suiv.) quand nous nous sommes occupé de l'article 230; elles sont exactement les mêmes quand il s'agit d'appliquer l'article 231. Toutefois, l'interprétation donnée par la jurisprudence belge est tellement dans nos mœurs, qu'il est probable que la nuance qui la sépare encore de la jurisprudence française, et qui tient sans doute à cette seule circonstance que nos Cours et nos tribunaux n'ont encore eu à s'occuper que de la séparation de corps, disparaîtra en considération des graves conséquences qu'entraîne nécessairement le divorce.

87. Aussi, dans la prévision que les arrêts belges contraires à notre opinion pourront néanmoins être d'une grande utilité pour les juges français, voici le résumé de cette jurisprudence. D'abord sur le principe, parmi les décisions qui exigent que l'abandon de la femme par le mari soit accompagné de circonstances aggravantes pour pouvoir rentrer dans l'application de l'article 231, citons : (Trib. Bruxelles, 6 déc. 1862, *Belgique judiciaire*, 63.

283; 21 mai 1864, *Belgique judiciaire*, 64. 732; 24 mai 1864, *Belgique judiciaire*, 64. 734; 4 nov. 1871. *Pasicrisie belge*, 73. 3, 17. — Bruxelles, 21 juin 1870, *Belgique judiciaire*, 72. 99. — Trib. de Charleroi, 17 juill. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 285. — Bruxelles, 23 juill. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2, 351. — Trib. Anvers, 24 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73, 115. — Bruxelles, 15 févr. 1875, *Belgique judiciaire*, 75. 485.) — Il a été notamment décidé par le tribunal de Charleroi et la Cour de Bruxelles que la circonstance que le mari, après avoir abandonné sa femme, a refusé de se rendre auprès d'elle lors de la naissance suivie de près de la mort de son enfant, est insuffisante pour faire admettre le divorce. — (Trib. de Charleroi, 17 juill. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 285. — Bruxelles, 23 juill. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 351.)

88. Mais cette jurisprudence n'est pas constante; du moins, de nombreux arrêts belges, d'accord en cela avec la jurisprudence française, décident que dans les cas où le fait d'abandon soit de la femme par le mari, soit du mari par la femme, est proposé comme injure grave, il y a lieu pour les juges d'examiner les circonstances qui leur sont proposées dans l'espèce, comme étant de nature à atténuer l'outrage, et de décider, lorsque ces circonstances sont suffisamment probantes, qu'il n'y a pas lieu d'admettre la preuve de l'abandon, ou, si cette preuve est déjà admise, qu'il ne constitue pas dans la cause une injure grave au sens de l'article 234.

89. On a jugé par exemple avec raison que l'abandon du domicile conjugal par le mari ne peut constituer une injure grave de nature à faire admettre le divorce, lorsqu'il a quitté sa femme, poussé à bout par cette dernière qui méconnaissait son autorité, cherchait à lui enlever jusqu'au respect que ses domestiques professaient pour lui, et que la femme n'a d'ailleurs fait aucune tentative de nature à renouer les relations brisées et à ramener son époux au domicile conjugal. — (Trib. Anvers, 24 fév. 1873, *Pasi-*

crisie belge, 73. 3. 115.) — Il a également été décidé en ce sens, mais dans l'hypothèse inverse, (celle de l'abandon du mari par la femme), que cet abandon ne pouvait être considéré comme injurieux au sens de l'article 231, lorsqu'il s'est produit sous l'influence de l'état d'exaspération où se trouvait la femme, par suite de l'infidélité de son mari, alors surtout que le mari n'a mis sa femme en demeure de rentrer au domicile conjugal que peu de jours avant l'introduction de l'action en divorce. — (Trib. Liège, 16 nov. 1877, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 77-78. 1117.)

90. Au reste, l'abandon réciproque des époux qui manifestent l'intention de vivre désormais étrangers l'un à l'autre et mettent leur désir à exécution ne saurait être considéré comme injure grave, si les circonstances sont entièrement dégagées de tous excès, sévices ou injures graves. — (Rouen, 16 juill. 1828, S. 61. 1. 74, *ad notam*, P. chr., D. P. 30. 2. 102. — Caen, 27 juin 1859, sous Cass., 6 févr. 1860, S. 61. 1. 72, P. 60. 760, D. P. 61. 1. 305. — *Sic*, Allemand, t. 2, n. 1380.)

91. Remarquons, en terminant ce qui concerne l'abandon de l'un des époux par l'autre, que dans la législation antérieure au Code civil cet abandon était une des causes déterminées de divorce. — (Loi du 20 sept. 1792, § 1er, art. 4.)

92. Dans le même ordre d'idées, nous avons encore à examiner un fait qui se confond, ou tout au moins se rencontre toujours simultanément avec celui de l'abandon de l'un des époux par l'autre : c'est le refus de cohabiter. Ce fait, comme tous les autres, susceptible d'aggravation ou d'atténuation suivant les circonstances de la cause, offre, pris en lui-même, tous les caractères de l'injure grave ; il se traduit très souvent, quand il s'agit de la femme, par le refus de réintégrer le domicile conjugal, et

1210, D. P. 58. 2. 212. — Pau, 31 mai 1869, S. 69. 2. 207, P. 69. 692, D. P. 74. 5. 445.)

A moins que la rétraction de ce refus, à l'audience, dans des termes qui donnent pleine satisfaction à la femme, ne vienne atténuer la gravité de l'offense. Mais le mari qui, malgré ses excuses tardives, n'en reste pas moins le seul auteur du procès, sera condamné aux frais—(C. pr., 130 et 131. — Colmar, 1er juill. 1858, P. 59. 1210, D. P. 58. 2. 212.)

96. Nous avons dit que le fait par le mari de refuser à sa femme l'entrée du domicile conjugal pourrait, s'il se produisait dans telles circonstances données, ne pas être considéré comme une injure grave. Quel sera le concours de circonstances qui pourra lui retirer ce caractère? On pressent qu'il ne peut être allégué en pareille hypothèse qu'une compensation des torts ; la question se présente donc ici par anticipation, car nous la traitons avec tous les détails qu'elle comporte, plus loin, à propos des fins de non-recevoir opposables en matière de divorce (V. *infrà*, ch. 2, sect. 3, § 2.) — Nous pouvons cependant, dès à présent, citer quelques espèces.

D'abord le principe admis en jurisprudence, que pendant toute la durée du procès le refus du mari de recevoir sa femme ne saurait être considéré comme une injure grave, s'applique jusqu'au moment de la signification du jugement déboutant le mari demandeur en séparation de corps (ou en divorce). —(Trib. Seine, 27 mai 1868, D. P. 72. 2. 87.)

Et le refus du mari de recevoir sa femme ne constitue pas une injure grave, s'il se produit dans ces circonstances : que le mari aurait précédemment formé lui-même une demande en séparation de corps, qu'une ordonnance du président ait fixé à la femme une résidence provisoire distincte de celle de son mari, et que cette instance en séparation de corps n'eût été déclarée périmée.

Surtout si la femme ne pouvait même pas prouver en cassation que l'instance n'avait pas été engagée. — (Cass., 7 avril 1862, S. 63. 1. 315, P. 63, 908, D. P. 63. 1. 199, —

V. au surplus Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art 231, n. 57, et suiv.)

Il va sans dire toutefois que, même en dehors de toute litispendance, on pourrait encore rencontrer des circonstances de nature à atténuer le fait par le mari de refuser à sa femme l'entrée de sa maison. Si, par exemple, la femme, déboutée d'une précédente demande en séparation et condamnée à réintégrer le domicile conjugal, s'est refusée à y rentrer durant trente ans, et si, en faisant sommation à son mari de la recevoir après ce laps de temps, elle n'a pas l'intention sérieuse de réintégrer le domicile conjugal et cherche seulement à se procurer un moyen de séparation. —(C. civ., 214, 386. — Paris, 9 avr. 1875, S. 75. 2. 133, P. 75. 568, et la note.)

97. Nous n'avons jusqu'à présent étudié que le cas où le mari refuse à sa femme l'entrée du domicile conjugal, examinons maintenant l'autre côté de la question. C'est la femme qui refuse de réintégrer ce domicile. La situation ne change en aucune façon, nous retrouverons ici les mêmes circonstances atténuantes ou aggravantes que dans le premier cas; seulement nous aurons l'occasion de citer la jurisprudence belge beaucoup plus souvent. Ainsi, on doit reconnaître d'une façon générale qu'en principe le refus persistant de la femme de rentrer au domicile conjugal constitue une injure grave qui autorise le mari à demander le divorce. —(Paris, 23 fév. 1847, P. 47. 1. 435, — *Sic*, Demolombe t.4, n. 338 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 176, § 191 et suiv. ; Laurent, t. 3, n. 195 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 61 et suiv. — Trib. Bruxelles, 17 janv. 1857, *Belgique judiciaire*, 57. 544. — Trib. Huy, 9 août 1856, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* par Cloës et Bonjean, 58-59, 32. — Gand, 1881, 8 nov., *Pasicrisie belge*, 82. 2. 234.)— On a considéré avec raison comme constituant une injure grave à l'égard du mari le fait par la femme demanderesse en séparation de corps de s'être pendant 30 ans refusée à réintégrer le domicile conjugal; un tel fait est suffisant pour permettre

au mari de se porter demandeur à son tour et de faire prononcer la séparation de corps (ou le divorce) à son profit. — (Paris, 9 avr. 1875, S75. 2. 133, P. 75. 568 et la note.)

98. Voyons maintenant dans quel cas le refus de réintégrer se trouvera atténué par les circonstances. On a décidé à cet égard que ce refus ne saurait être considéré comme une injure motivant la séparation de corps, lorsque la dignité et la sécurité de la femme ne sont point assurées au domicile du mari : par exemple, lorsque ce domicile est le même que celui de ses père et mère, et qu'il est établi que les contrariétés de toute espèce auxquelles la femme y est journellement en butte lui rendent intolérable cette habitation commune. — (Cass., 20 nov. 1860, S. 61, 1. 965, P. 62. 589, D. P. 61. 1. 305.) — Il a encore été décidé dans le même sens que la femme qui ne suit pas son mari dans le nouveau domicile que celui-ci s'est choisi n'est pas pour cela censée abandonner son mari. — (Cass., 11 fruct., an XII. S. et P. chr. — Paris, 12 prair. an XI, S. et P. chr.)

On devrait également considérer comme une circonstance de nature à effacer l'injure le refus par la femme de réintégrer, si ce refus était borné sur la mauvaise conduite prouvée du mari. — (Trib. de Liège, 16 nov. 1878, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 77-78, p. 1117.)

99. On voit des époux qui, sans abandonner en apparence la vie commune, sans déserter le foyer, ni manquer à la foi conjugale, restent absolument étrangers l'un à l'autre en tant que mari et femme ; y aura-t-il dans cet état de choses, s'il résulte du fait d'un seul des époux, une injure au sens de l'article 231 du Code civil ? — Oui certainement, si ce refus par l'un des époux d'accomplir le devoir conjugal peut être considéré comme la manifestation, non seulement d'une profonde antipathie, mais encore d'un mépris immérité. — Mais cette dernière condition est indispensable, car ici encore il y a place pour l'appréciation

souveraine du juge, pour les circonstances atténuantes qui ne peuvent manquer de surgir dans un grand nombre de cas. — Ainsi, c'est avec raison qu'on a déclaré admissible et pertinent comme cause de divorce le fait allégué par le mari demandeur que sa femme se refuse à tous rapports avec lui, et lui répond par des paroles outrageantes et même par des violences quand il réclame ses droits de mari. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342 ; *Belgique judiciaire*, 58. 1060.)

Réciproquement, le mépris qu'un mari aurait témoigné pour sa femme, en dédaignant constamment d'accomplir l'acte conjugal, pourrait, selon les circonstances, être une cause légitime de séparation de corps. — (C. civ., 306. — Metz, 25 mai 1869, S. 70. 2. 77, P. 70. 422, D. P. 69. 2. 202.—Bordeaux, 5 mai 1870, S. 71. 2. 35, P. 71. 115, D. P. 70. 2. 200.)

Ainsi le fait par le mari de s'être abstenu volontairement et avec persistance de consommer le mariage peut être considéré comme une injure grave de nature à entraîner la séparation de corps. — (Metz, 25 mai 1869, S. 70. 2. 77, P. 70. 422, D. P. 69. 2.202. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 176, § 491 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 10 et 5. — *V.* aussi en ce sens, Douai, 29 avr. 1884, S. 84. 2. 92, *France judiciaire*, 83-84. 2. 423.)

Et cela, alors même que cette réclamation ne se produirait qu'après un grand nombre d'années. — (Metz, 25 mai 1869, précité.)

Il en est ainsi notamment lorsque, pour motiver son abstention, le mari répand contre sa femme des imputations mensongères. — (Aix, 7 avr. 1876, S. 78. 2. 332, P. 78. 652.)—Et quand même le mépris que le mari témoignerait pour sa femme en cette circonstance serait le résultat d'un état d'esprit produit lui-même par des habitudes d'ivrognerie. — (Paris, 21 mars, 1877, S. 77. 2. 119, P. 77. 487 ; 19 mai 1879, S. 79. 2. 175, — V. *suprà*, n. 44.)

100 Nous avons annoncé que, même dans cette matière, il pouvait y avoir des circonstances atténuantes ; cela a

été jugé dans une hypothèse où la femme ne pouvait alléguer, comme injure grave de la part de son mari, que l'antipathie profonde qui, l'empêchant de remplir avec elle ses devoirs conjugaux, a seule attiré sur elle une réputation imméritée de stérilité. — (Bordeaux, 5 mai 1870, S. 71. 2. 35, P. 71. 115, D. P. 70. 2. 200.) — Il est bien entendu d'ailleurs qu'on ne saurait voir une injure grave dans un refus isolé, accidentel, d'accomplir le devoir conjugal.

101. Après avoir examiné les cas où l'abstention de l'un des époux dans l'accomplissement des devoirs résultant du mariage peut être considérée comme une injure grave au point de vue de son conjoint, nous sommes amenés à dire quelques mots d'un outrage plus grave encore qui peut se produire et s'est même produit dans les rapports intimes entre époux : c'est la communication par l'un des époux à l'autre d'une maladie vénérienne.

102. Celui qui communique sciemment à sa femme une maladie vénérienne commet une injure grave de nature à motiver contre lui une action en séparation de corps ou en divorce. — (Cass., 16 févr. 1808, S. et P. chr. — Besançon, 1er févr. 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 889. Rennes, 19 mars 1817, S. et P. chr. — Lyon, 4 avr. 1818, S. et P. chr. — Bordeaux, 6 juin 1839, S. 39. 2. 391, D. P. 39. 2. 268. — Trib. Huy (Belgique), 16 mai 1877, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, *recueil* de MM. Cloës et Bonjean, 77-78. 225. — *Sic*, Merlin, *Rép.* v° *Séparation de corps*, § 1 ; Toullier, t. 2, n. 757 ; Duranton, t. 2, n. 534 ; Vazeille, t. 2, n. 551 et suiv. ; Massol, p. 48 ; Chardon, n. 61 ; Marcadé, sur l'art. 306, n. 3 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 176, § 491 ; Demolombe, t. 4, n. 389. — *Contrà*, Pothier, *Contrat de mariage*, n. 514 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 75 et suiv.)

103. Au reste, le principe de l'appréciation souveraine doit ici comme partout, en matière de cause du divorce,

recevoir son application ; il est évident, par exemple, que la solution ci-dessus devra être adoptée sans difficulté, lorsqu'il est bien démontré que la conduite de la femme est exempte de tout reproche. — (Bordeaux, 6 juin 1839, S. 39. 2. 391, D. P. 39. 2. 268.) — On peut, d'ailleurs, tenir compte de circonstances qui, du côté du mari défendeur, doivent être considérées comme aggravantes. — (Besançon, 1er févr. 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 888, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 29. — Lyon, 4 avr. 1818, précité. — Rennes, 19 mars 1817, S. et P. chr.; 4 mars 1820, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 52. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1; Toullier, t. 2, n. 757; Duranton, t. 2, n. 534; Vazeille, t. 2, n. 551; Zachariæ, t. 3, § 491, n. 8; Massol, p. 48; Chardon, n. 61; Marcadé, art. 306, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 389.)

104. On devrait, par exemple, considérer à ce point de vue comme aggravantes les circonstances qu'un mari qui, à plusieurs reprises, communique à sa femme une affection syphilitique, n'a obtenu de relations intimes avec elle qu'à l'aide de la violence, et qu'un enfant, né de ces relations, est lui-même atteint de la maladie en question. — (Rennes, 14 juill., 1866, D. P. 68. 2. 163.) Et les circonstances qu'on a trouvé, à l'occasion d'un ordre ouvert sur les biens du mari, le mémoire du pharmacien relatif à cette maladie. — (Rouen, 30 déc. 1840, P. 41. 588.) — On a également jugé qu'un mari qui, même à son insu, communique une maladie vénérienne à sa femme, se rend coupable envers elle d'une injure grave si, alors qu'il a connaissance de la maladie, il néglige de prévenir son épouse et de lui faire prendre les mesures nécessaires en pareille circonstance. — (Bordeaux, 17 févr. 1857, D. P. 57. 2. 98.)—Il va sans dire que si c'est au contraire la femme qui communique le mal à son mari, il y aura toujours dans ce fait, sinon une preuve d'adultère, au moins une injure grave contre le mari, qui pourra dès lors demander la séparation ou le divorce. — Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 9; Toullier,

t. 2, n. 757; Vazeille, t. 2, n. 552; Massol, p. 48; Demolombe, t. 4, n. 389.)

105. On peut conclure des décisions qui précèdent, qu'en thèse générale, d'après le système de la jurisprudence, ce qui constitue l'injure grave en cette matière, c'est la communication du mal vénérien au conjoint, et non pas le seul fait d'être atteint de ce mal.

Ainsi, le fait par le mari d'avoir, à plusieurs reprises, été atteint du mal vénérien, ne saurait par lui-même être considéré comme un grief suffisant pour faire prononcer contre lui la séparation de corps (ou le divorce), s'il n'a jamais communiqué ce mal à sa femme. — (Nîmes, 14 mars 1842, P. 42. 1. 750.)

106. De même, le fait d'avoir contracté mariage, étant atteint d'une maladie vénérienne, n'est pas par lui-même une injure grave, de nature à motiver contre lui une demande en divorce ou en séparation de corps, si le mari s'est soigneusement abstenu de tout rapprochement pouvant communiquer à sa femme le mal dont il était atteint. En tous cas, il y a grand compte à tenir de l'éducation de la femme, du monde auquel elle appartient, de ses habitudes de vie, etc. Ainsi le tribunal de Versailles a jugé un procès de séparation de corps où il a très justement usé en ce sens de son pouvoir d'appréciation souveraine. Une ancienne actrice avait épousé un jeune premier; celui-ci, dès les premiers jours du mariage, s'abstint de remplir ses devoirs d'époux, et cela au grand étonnement de sa femme, qui soupçonna et découvrit la cause de ce peu d'empressement. Elle introduisit aussitôt de ce chef, une demande en séparation de corps, non sans avoir fait retentir la presse des échos de sa déception. Le tribunal jugea avec beaucoup de raison qu'en pareil cas il n'y avait pas injure grave. — (Trib. Versailles, 4 juill. 1883.)

107. Mais il ne faudrait pas pousser trop loin l'indulgence en cette matière; les tribunaux feront bien de s'en

tenir, dans la plupart des cas, à la distinction faite par la jurisprudence entre l'hypothèse d'une maladie vénérienne dont le défendeur est atteint, et celle de la communication de cette maladie. Aussi, est-ce avec réserve, et simplement à titre d'exception, que nous rappellerons qu'il a été jugé qu'une épouse qui a été infectée, même deux fois, du mal vénérien par son mari, ne peut, sur ce fait seul, dégagé de toute circonstance aggravante, fonder une demande en séparation de corps. — (Cass., 16 févr. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 888, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 62. — Pau, 4 févr. 1806, S. et P. chr,. D. A. 11. 888.)

108. D'ailleurs, il y a ici un point à méditer à propos de la jurisprudence qui décidait, avant la loi nouvelle, que le fait seul de communication du mal vénérien pouvait être considéré comme une injure grave. Cette jurisprudence date en effet de l'époque où l'adultère du mari n'était une cause de séparation de corps que lorsqu'il était commis au domicile conjugal, dans la maison commune. Aujourd'hui que cette dernière condition est supprimée dans le nouvel article 230, ne pourrait-on pas au moins considérer le fait, par le mari, d'être atteint d'une maladie vénérienne, comme une preuve suffisante d'adultère ? Il nous semble qu'on le nierait difficilement.

Encore faudra-t-il que la maladie vénérienne n'ait été contractée par le mari que depuis le mariage ; car il est évident qu'il n'y aura preuve de l'adultère qu'à cette condition. Cette preuve sera souvent difficile. Aussi, croyons-nous que, dans cette dernière hypothèse, les magistrats feront bien de s'en tenir, du moins en principe, à l'ancienne jurisprudence qui n'admet le mal vénérien comme cause de divorce ou de séparation de corps, que dans le cas où il a été communiqué au conjoint.

2° Faits moraux.

109. Dans l'étude que nous avons faite des injures graves, au sens de l'article 231, nous nous sommes

occupés jusqu'à présent des faits matériels, c'est-à-dire des actes de l'un des époux qui pouvaient être, soit par eux-mêmes, soit par leurs résultats, considérés comme injurieux à l'égard de l'autre époux, et nous avons vu que, dans ces cas, l'élément intentionnel avait la plus grande part. Mais en commençant cette étude des faits injurieux, nous annonçions une autre catégorie de faits, qu'un peu arbitrairement peut-être, mais poussés par le besoin, en cette matière extrêmement diffuse, d'adopter une classification, nous avons dénommés d'avance : *faits moraux*. Il faut classer dans cette seconde catégorie tous les faits qui ne constituent point de la part de l'un des époux des actes matériels, volontaires, mais, qui lui impriment une tache morale, une sorte d'infamie de nature à rejaillir sur son conjoint d'une manière outrageante ; par exemple, une condamnation personnelle, pour vol, escroquerie, abus de confiance ou toute autre condamnation dégradante aux yeux de la société. On peut se demander si de pareils faits rentrent bien dans l'application de l'article 231 ; et la Chambre des députés, dans le projet qu'elle avait primitivement voté, avait cru devoir, pour mettre un terme à toute difficulté à cet égard, les y introduire expressément. L'article 231, voté par la Chambre, était ainsi modifié :

« Les tribunaux pourront accorder le divorce aux époux qui le demanderont pour excès, sévices et injures graves de l'un envers l'autre, ainsi qu'à raison de la condamnation de l'un d'eux à une peine correctionnelle d'emprisonnement pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche.

« L'action en divorce pour cause de condamnation à une peine correctionnelle devra être intentée dans le délai d'un an qui commencera à courir du jour où la condamnation sera devenue définitive. Le conjoint qui n'aura pas pu avoir connaissance de ladite condamnation aura également pour exercer son action un délai d'un an à partir du jour où il aura cessé de l'ignorer. »

110. Le Sénat a purement et simplement rétabli l'ancien texte de l'article 231. On peut regretter que la disposition, votée par la Chambre, n'ait pas été adoptée par le Sénat ; elle était depuis longtemps réclamée des jurisconsultes les plus éminents. Un homme peut être infâme, sans que la peine à laquelle il a été condamné soit légalement infamante ; et s'il est vrai, comme le dit fort bien M. Letellier dans le rapport présenté à la Chambre des députés, le 8 juillet 1884, qu'aucun supplice n'est comparable à celui d'être uni à un être dégradé et pervers, nous demeurons convaincu que, dans l'immense majorité des cas, les tribunaux considèreront l'infamie de fait de l'un des époux comme une injure grave et prononceront le divorce.

111. D'ailleurs, le texte voté par la Chambre des députés, le 8 mai 1882, en première délibération, n'imposait pas aux juges l'obligation de prononcer le divorce chaque fois qu'il y aurait peine correctionnelle ; dans les cas qu'il déterminait, il laissait au juge la faculté d'apprécier dans ces hypothèses le caractère flétrissant, pour l'autre époux, d'une telle condamnation. A ce sujet, voici comment s'exprimait M. Letellier (séance du 8 mai, *Journal officiel* du 9 mai 1882) :

« On ne peut nier sérieusement qu'il y a des condamnations qui n'entachent que dans une certaine mesure l'honneur même de celui qui a été frappé.

« La Commission a admis comme une cause de divorce, non pas facultative pour le juge, mais décisive, la condamnation à une peine infamante, et pourtant le fait qui, dans ce cas, motive la rupture du mariage, est étranger aux relations des époux entre eux. Elle a pensé également que l'on ne pouvait, dans certains cas, et sans une véritable cruauté, suivant l'expression même de l'honorable M. de Marcère, condamner l'un des époux à partager à jamais la flétrissure que son conjoint aurait pu encourir, et qui résulterait aux yeux de tous même d'une simple condamnation correctionnelle. Elle a estimé qu'il

fallait laisser aux tribunaux civils devant lesquels la condamnation correctionnelle serait invoquée comme une cause de divorce un pouvoir d'appréciation suffisant pour dire si les faits qui l'ont motivée, les circonstances qui l'ont accompagnée, les conséquences qu'elle entraîne pour les deux époux dans la vie sociale sont tels, que la vie commune elle-même est devenue réellement intolérable ; mais elle a pensé également qu'il y avait des distinctions à établir.

.....

« Ainsi, au point de vue du vol, il y a des condamnations qui n'entraînent pas sur celui qui les encourt une déconsidération aussi grande dans tous les cas.

« Par exemple, le fait de s'approprier un objet trouvé sur la voie publique, sans rechercher le propriétaire qui l'a égaré, constitue un vol ; mais la Commission, d'accord avec le sentiment public, a pensé que la condamnation qui dans l'espèce interviendra ne pouvait être, au point de vue des appréciations mêmes dont elle serait l'objet, traitée dans ses conséquences comme une condamnation pour vol, prononcée dans des conditions plus graves, dénotant chez l'auteur du délit une immoralité réelle, indiscutable ; elle a pensé qu'il ne fallait pas aller jusqu'à poser en principe que tous ceux qui auront été condamnés pour vol seront exposés à voir intervenir contre eux un jugement prononçant le divorce, pour ce fait seul qu'ils auront encouru une condamnation quelconque devant un tribunal correctionnel. C'est pour cela que la Commission a pensé qu'il fallait laisser au tribunal devant lequel la demande en divorce serait portée une certaine latitude pour apprécier si, à raison même de la condamnation, de sa nature, à raison des faits qui l'ont motivée il devait oui ou non proclamer que la vie commune est devenue réellement impossible. »

112. M. Bovier-Lapierre, défendant l'ancien texte du Code civil contre celui de la Commission, faisait valoir l'inutilité du paragraphe deuxième, dont la suppression

par le Sénat a été depuis sanctionnée par la Chambre elle-même. Il s'exprimait dans des termes qu'il est bon de reproduire, parce qu'ils mettent nettement en lumière l'esprit du législateur et peuvent éclairer utilement le juge sur l'étendue de son pouvoir d'appréciation. « Lorsqu'on veut, disait-il, indiquer un moyen de divorce, on l'indique d'une façon impérative, ou on l'indique dans une formule générale sous laquelle peuvent rentrer tous les cas qui constitueraient, de la part de l'un des époux vis-à-vis de l'autre, un sévice, un excès, une injure grave.

« C'est ainsi que, lorsque nous nous trouvons en présence d'une condamnation à une peine infamante, les législateurs de 1803, aussi bien que notre Commission avec toute espèce de raison, ont pu dire que la condamnation de l'un des époux à une peine infamante est une cause de divorce. Il y a des causes qui, dans toutes les hypothèses, doivent entraîner le divorce, et il faut maintenir par conséquent l'article 232. Mais lorsque nous sommes dans ces hypothèses si diverses de condamnations correctionnelles, hypothèses qui doivent être différemment appréciées suivant qu'elles auront touché tels ou tels individus, tels ou tels citoyens placés dans une catégorie sociale ou dans une autre, dont l'éducation aura été différente, et qui pourront être pour les uns une cause suffisamment sérieuse d'injures ou de sévices susceptible d'entraîner le divorce, et ne le seront pas vis-à-vis des autres, il ne faut pas mettre les tribunaux dans cette singulière situation de refuser le divorce pour tels ou tels individus, tandis qu'ils l'accorderont pour tels autres. Il faut rester dans les termes généraux du paragraphe 1er de l'article 231, lorsqu'on se trouvera en présence d'une condamnation correctionnelle.

« Cela avait été ainsi compris par le législateur de 1803, et je trouverais un extrême danger dans l'adoption par la Chambre du paragraphe de la loi qui précise comme cause de divorce des condamnations correctionnelles.

« Laissons ces questions à l'appréciation des magistrats. Je le répète, elles peuvent être différemment résolues sui-

vant qu'elles touchent telle ou telle situation, et qu'elles s'appliquent à tel ou tel milieu.

« Ce qui peut être une injure grave dans certaines circonstances peut ne pas l'être dans d'autres circonstances.

« Je crois donc, Messieurs, qu'il n'y a aucun inconvénient à supprimer la seconde partie du paragraphe 1er de l'article 231.

« Restons avec le texte ancien ; lorsqu'il s'agira d'excès, sévices ou injures graves, le divorce pourra être demandé par l'un des époux, et les tribunaux pourront l'accorder même au cas d'une simple condamnation correctionnelle. »

113. Ces arguments, qui ont prévalu devant la Commission sénatoriale et devant le Sénat lui-même, ont finalement reçu leur sanction définitive de la Chambre des députés au retour du projet devant elle. — Nous pensons aussi qu'il vaut mieux laisser les juges du fait maîtres absolus de la question, et que le Sénat a bien fait de revenir au texte primitif. Il peut arriver, en effet, que des condamnations, même de droit commun, ne soient pas assez dégradantes pour que la femme se considère comme outragée par cette condamnation. Il peut même arriver que la femme ait été complice sans avoir été condamnée de ce chef, faute des preuves matérielles nécessaires devant la juridiction correctionnelle, mais que les présomptions soient telles dans l'esprit des juges, qu'il y aurait dans ce cas une anomalie extrême à prononcer le divorce sur la demande de la femme pour cause de condamtion correctionnelle du mari. La meilleure loi en pareille hypothèse est celle qui laisse au juge la plus grande latitude, et l'article 231, tel qu'il sort du vote du Sénat et du second vote de la Chambre, répond parfaitement à cette condition. D'ailleurs, lorsque les circonstances l'ont exigé, les magistrats n'ont jamais hésité à faire rentrer les condamnations correctionnelles parmi les injures graves au sens de l'article 231 et la jurisprudence constante en cette

matière est un gage certain qu'ils continueront dans cette voie. Ils ont décidé, par exemple, qu'une condamnation prononcée contre un époux pour outrage public à la pudeur peut, suivant les circonstances, et bien que ce fait n'entraîne qu'une simple peine correctionnelle, être considérée comme constituant une injure grave pour l'autre époux, de nature à motiver de sa part une demande en séparation de corps ou en divorce. — (Caen, 23 févr. 1857, S. 57. 2. 568, P. 58. 283. — Bruxelles, 17 févr. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 2. 136. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 92. et suiv.)

114. Quant à la condamnation de la femme, encourue pour excitation habituelle de mineurs à la débauche, elle est, même en cas de séparation de fait, une injure grave de nature à motiver la séparation de corps au profit du mari. — (Trib. Semur, 2 août 1862, D. P. 62. 3. 72.)

115. Comme nous l'avons fait pressentir, il peut résulter des circonstances qu'une condamnation encourue par l'un des époux sera quelquefois considérée à l'égard de l'autre comme ne constituant pas une injure grave, de nature à lui permettre de demander de ce chef le divorce ou la séparation de corps ; les juges du fait apprécieront souverainement ces circonstances. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été decidé que la condamnation de l'un des époux, même pour un fait qualifié crime, à une simple peine correctionnelle, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, par exemple la condamnation du mari à une peine correctionnelle pour faux en écriture de commerce, ne constitue pas, en l'absence de tout autre fait pouvant rentrer dans la classe des excès, sévices ou injures graves, une injure de nature à motiver la séparation de corps : le droit de demander la séparation ou le divorce est attaché par la loi, non à la qualification du fait et à la peine que ce fait pourrait entraîner, mais à la peine effectivement prononcée. — (Paris, 16 juill. 1839, S. 40 2. 107, P. 39. 2. 81, D. P. 39. 2. 245. — Grenoble, 24 janv.

1865, S. 65. 2. 204, D. P. 65. 2. 220. — *Sic*, Allemand, t. 2, n. 1376; Demolombe, t. 4, n. 396; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 138, note 17, p. 251; Aubry et Rau, t. 1, p. 168, § 491, note 25. — *V.* aussi Duranton, t. 2, n. 559; Massol, p. 53.) .

116. Il a été jugé également qu'il y a lieu de rejeter une demande en divorce de la femme, lorsqu'elle est fondée sur des injures graves consistant en ce que le mari encourt condamnation sur condamnation, si la femme n'apporte point la preuve écrite de ces condamnations. L'aveu du mari à cet égard serait inopérant pour établir une cause de divorce. — (Trib. Anvers, 27 mai 1876, *Pasicrisie belge*, 77. 3. 272.)— Cela se comprend, car il y a toujours à se tenir en garde en pareille hypothèse contre les griefs qui pourraient cacher un divorce par consentement mutuel sous les apparences d'un divorce pour cause determinée, et la preuve d'une condamnation au point de vue de l'application de l'article 231 ne nous paraît pas pouvoir être faite par l'aveu. — Le même jugement du tribunal d'Anvers décide aussi que la condamnation encourue par le mari antérieurement au mariage ne peut constituer une cause de divorce, alors que le mari n'a pas eu recours à des manœuvres pour dissimuler cette condamnation. Nous avons déjà traité cette question de faits antérieurs au mariage (*suprà*, n. 80); l'arrêt que nous rapportons ici est conforme à la doctrine que nous avons proposée, qui fait résider l'injure en ce cas, non dans le fait lui-même, mais dans la dissimulation de ce fait au moment du mariage.

117. Nous avons parlé, en examinant les écrits injurieux qui peuvent rentrer dans l'énumération de l'article 231, des imputations que les époux soit eux-mêmes, soit par leur avoué au cours d'une procédure, pouvaient s'adresser mutuellement dans les actes écrits de l'instruction, et nous avons déjà étudié dans les numéros précédents (V. *suprà*, n. 64 et 76) les cas où ces injures avaient été adressées de vive voix, soit par les époux eux-mêmes, soit par la

bouche de leurs avocats. La division adoptée dès le début entre les diverses manifestations des injures graves nous avait obligé à séparer ces actes qui sont, à la forme près, exactement les mêmes. Nous sommes forcé d'y revenir encore à propos des faits injurieux ; c'est que si la forme que revêt l'injure est ordinairement d'une importance capitale, quand il s'agit d'en déterminer la gravité, ce principe subit nécessairement quelques exceptions. Les imputations injurieuses d'un époux envers l'autre peuvent avoir revêtu n'importe quelle forme sans que le caractère de gravité en soit aggravé ou atténué. Nous allons donc nous préoccuper maintenant du fait en lui-même, sans nous inquiéter de sa forme, et examiner quelques espèces que nous avons réservées pour cet alinéa. Ainsi l'imputation d'adultère est le plus intolérable outrage qu'une femme puisse subir de son mari et doit être considérée comme une injure grave, quelle que soit la forme que le mari lui ait donnée. Par exemple, une plainte basée sur l'adultère alors surtout qu'elle repose sur des faits controuvés, doit être considérée comme une cause de divorce. — (Gênes, 19 août 1811, S. et P. chr. — Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr., D. A. 11.890. — Paris, 17 mars 1826, S. et P. chr., D. P. 26. 2. 224. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, t. 12, v° *Séparation de corps*, § 1, n. 4; Vazeille, t. 2, n. 550 et 551; Duranton, t. 2, n. 554 ; Chardon, n. 71 ; Demolombe, t. 4, n. 386; Aubry et Rau, t. 5, p. 175, § 491 ; Laurent, t. 3, n. 193; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 98 et suiv.)

118. Il va sans dire que si la femme était déjà demanderesse en séparation de corps ou en divorce pour une autre cause, par exemple pour cause de sévices, l'imputation d'adultère que lui porterait le mari sans preuves, venant s'ajouter aux faits que la femme avait déjà énumérés dans sa requête, fera nécessairement pencher la balance du côté de la recevabilité de la demande.— (Paris, 14 déc. 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 890. — Rennes, 15 sept. 1810, S. et P. chr., 16 nov. 1810, S. et P. chr.)

On a considéré comme un fait gravement injurieux, de nature à motiver une séparation de corps, la demande en divorce formée par le mari pour cause d'adultère et suivie d'un jugement portant autorisation d'assigner, bien que le mari se soit ultérieurement désisté de toutes poursuites. — (Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr.— Paris, 15 juin 1812, S. et P. chr., D. A. 11. 890, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 30. — *Sic*, Demolombe, t 4, n. 387.)

Dans ce cas, et si le mari a retiré du greffe la minute de sa requête, il n'est pas nécessaire que la femme prouve que la demande en divorce est motivée sur l'adultère : il suffit qu'elle articule et pose en fait que tel était le motif de la demande, et que le mari, sommé de représenter la minute, n'obéisse pas à la sommation. — (Paris, 15 juin 1812, précité.)

119. Des imputations moins graves que celle d'adultère pourraient également être considérées comme injurieuses au sens de l'article 231, et cela sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où elles seraient dirigées par la femme contre le mari, ou par le mari contre la femme: telle serait l'imputation d'une conduite légère, qui ne serait pas suffisamment prouvée, qu'une femme adresserait à son mari en réponse à une demande en divorce ou en séparation de corps — (Gênes, 19 août 1811, S. et P. chr.); — telle serait encore l'accusation portée en justice par l'un des époux contre l'autre, d'avoir soustrait et recélé des valeurs appartenant à ses enfants du premier lit. — (Trib. Anvers, 4 juill. 1873, *Belgique judiciaire*, 74. 477.)

Il en serait ainsi encore de l'accusation de vol, adressée par un mari à sa femme, quand même l'action n'aurait été portée par lui que devant les tribunaux civils. — (Besançon, 1er févr. 1806, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 29.)

120. En tous cas, en matière d'imputations injurieuses, comme dans toutes les autres hypothèses, les juges du fait

devront tenir compte de tous les faits de la cause et des circonstances atténuantes qui pourront se présenter en ce cas. Par exemple, un mari aveuglé par la jalousie, poussé quelquefois par des influences étrangères, égaré par de faux rapports, des lettres anonymes, des insinuations malveillantes, se laisse entraîner à déposer contre sa femme une plainte en adultère. En pareil cas, les juges qui ont à se demander à quel mobile a obéi ce mari, si l'acte que lui reproche sa femme a été réellement dirigé contre elle avec intention de lui nuire, pourront décider que cette intention n'existe pas, que le mari n'est coupable que d'une légèreté et d'une jalousie pardonnables, et repousser la demande en séparation de corps ou en divorce. C'est ainsi que la Cour de Paris a décidé que la plainte en adultère déposée par le mari entre les mains du ministère public et suivie d'une ordonnance de non-lieu ne saurait devenir contre lui une cause de séparation de corps, lorsqu'elle a été dictée, non par un esprit de vengeance ou d'injure, mais uniquement par une juste sollicitude pour l'honneur du foyer conjugal que compromettaient les apparences fâcheuses et les imprudences constatées dans l'attitude de la femme. — (Paris, 13 juill. 1870, S. 70. 2. 268, P. 70. 1065, D. P. 71. 2. 129.)

Mais si, sur la plainte du mari, la femme avait été condamnée pour adultère, il est évident qu'elle ne serait plus recevable à exciper de ce fait pour motiver sa demande en séparation de corps ou en divorce. — (Cass., 10 juin 1824, S. et P. chr.)

121. Du reste, on doit placer au premier rang des circonstances de nature à atténuer, en ce cas, le caractère des actes du mari, l'attitude et la manière d'être de la femme qui ont pu donner corps aux soupçons nés et entretenus dans l'esprit du mari. C'est ainsi, par exemple, qu'une action en désaveu de paternité ne peut, bien que les juges l'aient écartée, servir de base à une action en séparation de corps ou en divorce, comme injure

grave envers la femme du désavouant, si la conduite de celle-ci était telle qu'elle justifiait jusqu'à un certain point les soupçons du mari, et que, du reste, la seule fin de non-recevoir qui ait motivé l'action en désaveu du mari est la tardiveté. — (Paris, 7 mai 1855, S. 55. 2. 770, P. 55. 2. 131, D. P. 56. 2. 45.— Caen, 14 févr. 1880, S. 80. 2. 317. —*Sic*, Duranton, t. 2, n. 541; Demolombe, t. 4, n. 387. —*Contrà*, Massol, p. 49, n. 9.)

122. Il faut aussi que les faits allégués par la femme comme constituant une injure grave la touchent directement. Il semble, à cet égard, qu'aucune difficulé ne pourrait surgir; nous croyons, pour notre part, qu'en France, la question ne se poserait même pas; mais il y a un certain compte à tenir en cette matière du milieu des époux et surtout de leurs mœurs nationales. Ainsi, la question s'est posée dans un pays voisin du nôtre dans les circonstances suivantes. Une femme a l'imprudence de s'afficher avec un tiers; les inconséquences et les légèretés de conduite dont elle se rend coupable, son attitude vis-à-vis de cette personne la font passer aux yeux de tous, à tort ou à raison, pour sa maîtresse. Ces faits reviennent par la rumeur publique aux oreilles du mari; celui-ci, exaspéré, soufflette publiquement l'individu qui passe pour être l'amant de sa femme : commet-il envers elle un excès, un sévice ou une injure grave suffisante pour motiver une demande en divorce? Hâtons-nous de dire que le tribunal de Bruxelles a résolu cette question négativement et avec raison. — (Bruxelles, 14 août 1875, *Belgique judiciaire*, 75. 1409.)

123. En tous cas, la femme manque gravement au respect qu'elle doit à son mari et à elle-même quand, sans aller jusqu'à commettre le délit d'adultère, elle outrage son époux par des familiarités inconvenantes avec un tiers, et ces familiarités peuvent être considérées comme constituant une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps (ou en divorce.) — (Trib.

Auxerre, 3 mai 1881, S. 81. 2. 143, P. 81. 1. 716. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 379; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 124.)

124. En ce qui concerne l'adultère du mari, on sait qu'avant la suppression des derniers mots de l'article 230, il était considéré par la plus grande partie des arrêts et des auteurs comme une injure grave pouvant motiver une demande en séparation de corps, quand il était commis hors du domicile conjugal, mais au su de la femme. —(*V.* au surplus, sur cette question, ce que nous avons dit à propos de l'article 230, *suprà*, n. 23.)

125. On peut considérer comme une injure grave de la part de la femme à l'égard de son mari le fait d'intenter contre lui une action en divorce à laquelle elle ne donne pas suite.—(Trib. de Bruxelles, 17 janv. 1857, *Belgique judiciaire*, 57. 554.)

126. Mais une question assez délicate se pose. Un époux annonce à son conjoint qu'il va divorcer, qu'il a pour cela des raisons sérieuses. A la suite de cette explication, la rupture devient effective, il en résulte à l'égard du demandeur des tracasseries et même des injures; peut-il dans la suite, alors qu'il se décide à intenter son action, faire entrer ces faits en ligne? Nous ne le pensons pas; il y a eu de sa part une certaine provocation qui les excuse en partie. C'est, du reste, ainsi que l'a jugé le tribunal de Bruxelles.— (Bruxelles, 19 déc. 1874, *Belgique judiciaire*, 75. 619.)

127. Que décider de la demande en nullité de mariage formée par l'un des époux? Pourra-t-elle être considérée comme une injure grave à l'égard de l'autre? Il va de soi que la demande en nullité de mariage, considérée en elle-même indépendamment des motifs sur lesquels elle se base, ne peut être en principe considérée comme une injure grave à l'époux défendeur. Mais elle peut reposer sur des allégations reconnues fausses par le juge et qui cons-

tiueront des injures plus ou moins graves suivant la nature des faits allégués, par exemple, si une femme demande la nullité de son mariage pour cause d'erreur sur la personne, dans le cas prévu par l'article 180, en alléguant qu'elle a été trompée sur la personne civile du mari, en ce que, croyant épouser un honnête homme, elle s'est donnée à un forçat libéré. Si cette allégation infamante n'est pas prouvée, et paraît d'ailleurs contraire à la vérité, il est évident que non seulement la demande en nullité de mariage devra être rejetée, mais encore que le mari pourra demander la séparation de corps ou le divorce, en basant son action sur cette demande de sa femme. On devra tenir compte aussi dans ces hypothèses des faits qui se seront passés pendant la procédure. — Au surplus, pour tout ce qui concerne les imputations outrageantes dans la catégorie desquelles de pareilles actions doivent tomber, *V.* n. 117.

128. A la liste des faits qui par l'atteinte qu'ils portent à l'accomplissement des obligations réciproques dérivent du mariage, on doit ajouter nécessairement ceux qui proviennent de la négligence du mari dans l'accomplissement du devoir de protection que la loi lui impose. L'injure, en pareil cas, résultera presque toujours d'un fait négatif, consistant en ce que le mari omet intentionnellement ou même néglige simplement de garantir sa femme contre des faits tels par exemple qu'accidents naturels; il pèche alors par défaut de soin. — (*V.* à cet égard, Bordeaux, 17 févr. 1857, D. P. 57. 2. 98.) — Il peut arriver aussi que le mari s'abstienne de protéger sa femme contre les voies de fait, les obsessions ou les outrages d'un tiers; il y aura, dans toutes ces hypothèses, une injure grave provenant de son inaction. Ainsi, la Cour suprême a jugé que les mépris et insultes de domestiques envers leur maîtresse peuvent être réputés injures graves, imputées au mari qui les a excitées ou tolérées, et, par suite, motiver une demande en séparation de corps (ou en divorce) de la part de la femme. —(Cass., 19 avr. 1825, S. et P. chr., D. P. 25. 1. 275.)

On a jugé de même que, eu égard au devoir de protection du mari envers sa femme, on doit considérer comme une injure grave, de nature à faire prononcer la séparation de corps, le fait par le mari d'avoir laissé outrager et maltraiter sa femme par un tiers en sa présence dans le domicile conjugal, et de s'être même empressé d'acquiescer à son départ. — (Bordeaux, 23 juill. 1872, S. 73. 2. 290, P. 73. 1224.—*Sic*, Dareau, *Traité des injures*, t. 2, chap. 3, sect. 10, n. 5, p. 155 et s.; Cubain, *Droit des femmes*, n. 25.)

129. Si le refus du secours ou de l'assistance que se doivent mutuellement les époux peut être regardé comme une injure grave, on ne devrait cependant pas voir un refus de secours ou d'assistance dans celui que le mari opposerait à la femme de payer ses dettes personnelles, si en agissant ainsi il n'avait d'autre but que de forcer sa femme à réintégrer le domicile conjugal. — (Trib. Lyon, 19 mars 1870, D. P. 71. 5. 258.) En effet, comme le fait du reste remarquer M. Laurent, t. 3, n. 191, il est de principe qu'il n'y a pas injure quand le fait, de sa nature injurieux, n'est cependant que l'exercice d'un droit; il est évident que l'obligation que le mari contracte de payer les dettes de sa femme quand elle habite avec lui, parce qu'il est censé lui avoir donné mandat tacite en ce qui concerne les fournitures destinées aux besoins du ménage, cesse de lui-même quand la femme a déserté le toit conjugal. La Cour de Douai (14 janv. 1857, D. P. 57. 2. 133) a jugé également qu'il n'y avait pas dans ce fait injure grave; toutefois, la décision de la Cour de Douai n'est pas, dans l'espèce, à l'abri de toutes critiques; car, si elle juge en ce sens, il nous semble cependant qu'elle apprécie mal l'action du mari : elle y reconnaît l'exercice d'un droit, mais la réprouve cependant, en disant que l'exercice de ce droit s'est manifesté d'une manière injuste et abusive. — De deux choses l'une : si le mari a exercé un droit, il n'y a ni abus ni injustice de sa part; si au contraire il a commis des injustices et des abus dans la manifestation de sa volonté et de son autorité maritale,

non seulement il a outrepassé son droit, mais encore il s'est rendu coupable, à l'égard de sa femme, d'une injure grave de nature à motiver contre lui une demande en divorce ou en séparation de corps. D'ailleurs, lorsqu'un mari refuse de payer les dettes de sa femme, ce refus se traduit généralement par une insertion dans les journaux, prévenant les fournisseurs de ne pas faire crédit ; le fait cesse d'être négatif. Nous avons considéré que la forme, la manifestation de l'injure était ce qui lui donnait le plus de gravité, et nous avons classé ces injures suivant la forme qu'elles revêtaient habituellement; aussi trouvera-t-on les détails sur l'injure écrite, résultant d'une telle insertion, *suprà*, n. 78 et 79.

130. Voici un fait dont le sens injurieux est plus difficile à établir : deux époux sont mariés devant l'officier de l'état civil, il ne leur reste plus pour s'acquitter de leurs devoirs mondains qu'à faire bénir leur union. Le mari s'y refuse; y aura-t-il injure grave? L'affirmative a été admise en matière de séparation de corps. — (Angers, 29 janv. 1859, S. 59. 2. 77, P. 59. 251, D. P. 60. 2. 97. — Montpellier, 4 mai 1847. S. 47. 2. 418, P. 49. 615, D. P. 47. 481. — Trib. Trèves...., 1845, S. 47. 2. 481, *ad not.* — *Sic*, Bressolles, *Rev. de législ.* 1861, t. 2, p. 158; Coin-Delisle, *Rev. crit.*, t. 3, p. 175; Ballot, *Rev. prat.*, t. 8, p. 192; Demolombe, t. 4, n. 390; Aubry et Rau, t. 5, p. 176, § 491; Duvergier, *Rev. crit.* 1866, t. 38, p. 325 et suiv.; Glasson, n. 104, *ad not.*; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 39. — *Contrà*, Thierret, *Rev. de législ.* 1846, t. 2. p. 170; Laurent, t. 3, n. 196.)— L'arrêt d'Angers, du 29 janvier 1859 précité, a même jugé qu'il en serait ainsi bien que la réclamation de la femme ne se produise qu'après un très grand nombre d'années.

131. En serait-il de même en matière de divorce? Il est évident que les auteurs qui repoussent cette cause de séparation la repoussent à plus forte raison quand il s'agit de divorce. Nous serions assez porté, en principe du moins,

à adopter cette opinion dans la dernière hypothèse. Si, en effet, la séparation de corps est le divorce des catholiques; si, en d'autres termes, par cela seul qu'on est catholique, on est obligé d'admettre l'indissolubilité du mariage et l'efficacité réelle du mariage religieux, aucun catholique ne pourra divorcer. Mais nous pensons, quant à nous, au point de vue exclusivement juridique, que si un fait est une injure quand il s'agit de séparation de corps, il ne peut changer de nature par cela seul qu'au lieu de la séparation, c'est le divorce qui est demandé. D'un autre côté, la distinction entre les non catholiques et les catholiques, au point de vue du divorce, n'est écrite nulle part dans nos lois, et serait absolument contraire à la liberté de conscience. D'ailleurs, si pour les catholiques le mariage civil n'est qu'une formalité, qu'importe à leur point de vue que le mariage civil soit rompu, si devant Dieu le mariage religieux est indissoluble? Le divorce pourra donc être demandé pour refus, par le mari, de recevoir la bénédiction nuptiale. Nous ajouterons même que lorsque cette demande sera formée par l'époux catholique, il n'y aura point dans son action de contradiction avec ses croyances; car si le divorce est repoussé en principe par les catholiques, c'est en tant qu'il porte atteinte à l'indissolubilité du mariage religieux sans lequel, suivant eux, le mariage civil n'est qu'un concubinat. Dans l'esprit du catholique qui demandera le divorce pour refus de son conjoint de recevoir la bénédiction nuptiale, cette action n'aura d'autre but que de mettre un terme à ce qu'il considère comme un mariage incomplet ou même moralement inexistant, mais dont l'accomplissement en fait serait un outrage à sa foi. Mais les juges devront, suivant nous, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une action en divorce ou d'une action en séparation de corps, éviter de juger en principe, comme ils paraissent l'avoir voulu faire dans les arrêts précités; ils devront peser avec soin les circonstances dans lesquelles s'est manifesté le refus du mari. Si ce dernier a affirmé d'avance à son conjoint ou lui a tout au moins laissé croire

qu'il prendrait part à la consécration religieuse du mariage, il y a là une sorte de condition défaillie; on peut se dire que l'autre conjoint n'aurait voulu contracter mariage qu'à cette condition. Il y a dans toute violation d'une parole donnée ou d'une promesse même tacite un outrage plus ou moins sérieux, dont l'appréciation incombe au juge. La question deviendra pour eux plus délicate encore, lorsqu'il paraîtra certain qu'aucun engagement n'avait été pris par le mari antérieurement au mariage civil en ce qui concernait la cérémonie religieuse. Il faudra, croyons-nous, tenir grand compte des habitudes des époux, du monde dans lequel ils vivent, et de toutes autres circonstances.

132. Rappelons seulement que la même question s'est posée en matière de nullité de mariage, et que la Cour de Montpellier s'est, dans l'espèce, prononcée en faveur de l'union attaquée. — (Montpellier, 5 mars 1847, S. 47. 2. 418, P. 49. 1. 613, D. P. 47. 1. 81. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 390; Thierret, *Rev. de législ.* 1846, t. 3, p. 161 et 1847, t. 1. 370; Laurent, t. 2, n. 480; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 180, n. 20 et suiv. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 880, n. 5.)

133. Quand nous avons commencé à nous occuper d'une façon générale des faits ou des actes qu'on peut considérer comme des injures de nature à motiver une action en divorce ou en séparation de corps, nous avons déjà posé en principe que les faits injurieux pouvaient dater d'une époque antérieure au mariage — (V. *suprà*, n. 80 et 116). — Ici une difficulté pourrait être soulevée en vertu de cet autre principe, examiné déjà (V. *suprà*, n. 44), que si l'intention n'est pas, à proprement parler, l'élément essentiel, indispensable des causes de divorce ou de séparation de corps que prévoit l'article 231, il en est, du moins, un des éléments principaux et peut suffire, à défaut des autres, pour donner à un fait le caractère d'injure grave, au sens de cet article. Cet élément, pour-

rait-on dire, fait absolument défaut, lorsque le fait outrageant qu'on invoque remonte à une date où les époux étaient étrangers l'un à l'autre. Comment pourra-t-on dire qu'un mari ait eu l'intention d'outrager sa femme, quand l'injure, l'insulte ou le fait outrageant dont il est l'auteur, n'a pu léser qu'une personne qui n'était pas sa femme? Le texte dit d'ailleurs, en propres termes : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce, pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. » Ainsi, ce sont, d'après l'article 231, *les époux*, pas d'autres, qui pourront *réciproquement*, pour des causes déterminées, pour des injures, lesquelles? celles qu'ils auront commises *l'un envers l'autre*, demander le divorce. Voilà trois expressions : *les époux*, *réciproquement*, *l'un envers l'autre*, qui ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur; aussi, ne contestons-nous point l'esprit ni la lettre de la loi ; nous aurons même l'occasion d'affirmer ce principe quand nous étudierons au chapitre deuxième la question de savoir quelles personnes peuvent intenter ou continuer une action en séparation de corps ou en divorce. — Quand nous disons que les faits injurieux peuvent être une cause de séparation de corps, nous voulons simplement exprimer cette pensée, que des hypothèses peuvent se présenter où des faits qui seraient par eux-mêmes des causes de divorce ou de séparation, s'ils étaient survenus depuis le mariage, le sont encore, s'ils sont survenus avant, parce que la connaissance de ces faits aurait pu, à moins de pardon du conjoint, empêcher le mariage; qu'en les cachant, l'un des époux a trompé la confiance de l'autre, a surpris son consentement; qu'il y a là une duperie constituant une injure envers l'autre époux, car elle subsiste nécessairement jusqu'après la célébration. Mais le degré de gravité de l'injure résultant de cette duperie ne peut se mesurer qu'à la gravité du fait que l'on a dissimulé. — (V. *suprà*, n° 80.)

134. Cette injure est quelquefois tellement grave,

qu'on a vu, avant le rétablissement du divorce, les époux qui en étaient victimes demander et obtenir la nullité du mariage, quand ils pouvaient plaider qu'ils avaient été induits en erreur sur la personne morale de leur conjoint; et la jurisprudence, à plusieurs reprises, grâce à ce biais rendu nécessaire jusqu'alors par le principe de l'indissolubilité du mariage, a décidé que l'erreur sur la personne, qui, aux termes de l'article 180, est une cause de nullité du mariage, doit s'entendre de l'erreur sur la personne *civile*, aussi bien que de l'erreur sur la personne *physique*. — (Cass., 11 févr. 1861, S. 61, 1, 241, P. 61, 113, D. P. 61. 1. 56. — Bourges, 6 août 1827, S. et P. chr., D. P. 29, 2. 72. — Paris, 4 févr. 1860, S. 60, 2. 71, P. 60. 2. 41, D. P. 60. 1. 88. — Orléans, 6 juill. 1861, S. 61. 2. 485, P. 61. 787, D. P. 61. 2. 132. — Bordeaux, 21 mars 1866, S. 66. 2.209, P. 66.817. — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 151 ; Proudhon, t. 4, p. 226 ; Toullier, t. 1, n. 513; Duranton, t. 2, n. 63 ; Vazeille, t. 1, n. 69 ; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, sect. 5, art. 1, n. 4, et *Quest.*, v° *Mariage*, § 9 ; Zachariæ, t. 3, § 462, notes 7, 8 et 9 ; Marcadé, sur l'art. 180, n. 3 et suiv.; Demolombe, t. 3, n. 251 et suiv. — *V.* au surplus sur cette intéressante question les commentaires très complets contenus dans *le Code civil annoté* de M. Fuzier Herman, art. 180, n. 46 et suiv.) — Cette opinion admise par nos Cours et nos tribunaux subsistera-t-elle maintenant que le divorce existe? Pourra-t-on encore décider, lorsqu'un mariage aura, par exemple, été contracté avec un forçat libéré, que cette union est nulle pour cause d'erreur sur la personne, comme au temps où les juges n'avaient entre les mains aucun moyen de dissoudre cette union ? — Nous ne le pensons pas, car la véritable, la seule cause de cette jurisprudence, était la suppression du divorce, *cessante causa, cessat effectus*. Nous ne voulons cependant rien préjuger du pouvoir souverain des magistrats qui sauront certainement, aujourd'hui comme hier, en faire le meilleur usage. En tous cas, nous parlerons bientôt des condamnations en matière de divorce; et ce qui est dès à présent certain,

c'est que les faits d'une haute gravité qui ont été par les arrêts précités considérés comme des causes de nullité de mariage ne sont pas admis comme tels par tous les auteurs.— (*V.* notamment Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, p. 205; Delvincourt, t. 1. p. 73, note 3 ; Laurent, t. 2. n. 292.)— L'opinion de ces deux auteurs, dont l'un a ses premières éditions antérieurs à la loi abolitive du divorce en France, et dont le second, M. Laurent, enseigne dans un pays ou le divorce n'a pas cessé d'exister, nous paraissent d'une importance toute particulière dans la question.

135. Il a cependant été jugé par un tribunal belge qu'il y a lieu d'admettre la demande en divorce pour condamnation antérieure au mariage. Mais il est à remarquer que dans l'espèce de ce jugement il y avait aveu de la part du défendeur, ce qui pouvait inspirer des craintes aux juges relativement à une collusion possible entre les deux époux. (Trib. Anvers, 27 mai 1876, *Pasicrisie belge*, 77, 3, 272. — *V.* au surplus sur les condamnations correctionnelles, *suprà*, n° 115.)

136. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que ces faits antérieurs au mariage, dont la gravité était telle qu'on a pu, en se basant sur eux, faire annuler l'union conjugale, pourront à plus forte raison demander et obtenir le divorce; ils pourront également l'obtenir pour des faits beaucoup moins graves qui motiveront également la séparation de corps et l'ont déjà motivée en certains cas. Tel serait le fait qu'au moment du mariage la femme était inscrite sur les registres de la police comme fille publique et avait caché ce fait à son conjoint. — (Paris, 25 mai 1837, P. 38. 149, D. P. 38. 2. 184.)

137. Il a été jugé dans le même sens pour le fait qu'au moment de la célébration du mariage la femme serait enceinte d'un autre que de son mari, auquel elle aurait, du reste, dissimulé sa grossesse (art. 314). — (Bordeaux, 22 mars 1826, S. et P. chr. — *Sic*, Demolombe, t. 4,

n. 392 ; Le Senne, n. 70 et 71. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 192; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 37 et suiv.

138. La véritable solution de principe nous est donnée, pensons-nous, par un jugement du tribunal d'Anvers qui décide que des actes antérieurs au mariage ne peuvent pas, en règle générale, constituer des injures graves pouvant servir de fondement à une demande en divorce, mais qu'une réticence commise au moment de la célébration peut constituer cette injure grave. Il appartiendrait, dans ce cas, au tribunal d'apprécier en tenant compte de la moralité et de la délicatesse de l'époux demandeur, si la grossesse de la femme présente un caractère injurieux. — (Trib. Anvers, 24 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73, 3. 118 ; *Belgique judiciaire*, 74, 857.)

139. La question pourrait également se poser à l'égard de la reconnaissance par l'un des époux, antérieurement au mariage, d'un enfant naturel qu'il aurait eu d'un autre que son conjoint, comme elle s'est posée dans le cas d'un enfant reconnu postérieurement au mariage. — (*V.* Bordeaux, 28 flor. an IX, S. et P. chr. — Aix, 28 avr. 1863, P. 63. 656). — Il nous semble qu'en pareil cas, à moins de circonstances aggravantes telles, par exemple, qu'une préférence évidente dont cet enfant serait l'objet ou de reprise des relations avec sa mère, ce fait ne devra pas toujours être considéré comme une injure grave.

Au surplus, les faits antérieurs au mariage, bien qu'ils ne puissent par eux-mêmes être considérés comme une infraction au contrat conjugal, peuvent toujours, rapprochés des autres faits, être déclarés pertinents, pour motiver une demande en divorce. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342, *Belgique judiciaire*, 58. 1060). — Nous ajouterons qu'il en serait ainsi même à l'égard de ceux qui auraient été connus de l'époux demandeur au moment de la célébration du mariage.

D'ailleurs, il est évident que si les injures antérieures

au mariage ont été connues, même depuis le mariage, par l'époux demandeur, sans qu'il en ait gardé rancune à son époux, sans que leurs habitudes de vie l'un à l'égard de l'autre en aient été modifiées d'une manière définitive, le pardon pourra être facilement présumé.

140. Avant de passer à l'étude de l'article 232, qui concerne plus spécialement les condamnations à des peines infamantes, rappelons, seulement au point de vue historique, que l'article 231 a été l'objet au Sénat d'un amendement de M. Eymard-Duvernay. Cet amendement était ainsi conçu : « Les excès, sévices et injures graves ne donnent lieu qu'à l'action en séparation de corps; mais, la séparation prononcée, la non-réconciliation dans les trois ans devient une cause de divorce. »

Dans un discours vivement applaudi, l'honorable M. Eymard-Duvernay a fait connaître que la disposition qu'il présentait était conforme à celle qui avait été proposée par le premier auteur du Code civil, et faisant ensuite l'historique des modifications introduites dans le Code civil par la volonté de Bonaparte, il estimait que le chapitre du divorce, tel qu'il est dans le Code civil, n'est pas une œuvre bonne. Il rappelait que Tronchet, soutenant le système qu'il proposait par son amendement, le qualifiait de « divorce d'épreuve ». Il ajoutait que si l'on admet de prime abord le divorce pour excès, sévices et injures graves, on ouvrira la porte à l'arbitraire. Les tribunaux eux-mêmes n'auront pas de règle certaine pour se prononcer. En terminant, M. Eymard-Duvernay disait qu'il restait partisan du divorce, mais à condition qu'il ne serait établi que dans l'intérêt même de la famille.

Émile Labiche répondit, au nom de la minorité de la Commission, qu'elle n'acceptait pas l'amendement proposé. Avec cet amendement, il ne resterait plns d'autre cause pour réclamer le divorce que la condamnation à une peine afflictive et infamante et l'adultère. La séparation devient, dans le système de M. Eymard-Duvernay, l'antichambre inévitable du divorce. M. Labiche terminait

en faisant observer que l'amendement de M. Eymard-Duvernay avait été voté dans la Commission par tous les adversaires du divorce.

Après une courte réplique de M. Eymard-Duvernay, l'amendement, à la majorité de 136 voix contre 131, ne fut pas adopté.

§ III. — Condamnation de l'un des époux a une peine afflictive et infamante.

141. L'ancien texte de l'article 232 daus le Cdoe civil était ainsi conçu : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce. »

Le texte voté par la Chambre des députés portait : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, autre que le bannissement et la dégradation civique pour cause politique, sera, pour l'autre époux, un cas de divorce.

» L'absence déclarée d'un des époux sera pour l'autre époux une cause de divorce. »

Le Sénat y a substitué cette rédaction :

Art. 232. — « La condamnation de l'un des époux à une peine *afflictive* et *infamante* sera pour l'autre époux une cause de divorce. »

Cet alinéa unique répond à la pensée qui avait dicté le premier alinéa du texte de cette loi élaborée par la Chambre. En introduisant les mots *afflictive* et *infamante*, au lieu du simple mot *infamante* du Code, on exclut, sans qu'il soit besoin de préciser autrement, le bannissement et la dégradation civique, peines exclusivement politiques, du nombre des causes de divorce.

Il est d'ailleurs évident qu'il n'y a pas de peine vraiment infamante en matière politique ; la défaite d'un parti et les condamnations qui peuvent en résulter pour les vaincus ne sauraient être une cause avouable de divorce.

142. Il ne semble pas cependant qu'au point de vue juridique l'article 232 soit complet. Car, même après la suppression du second alinéa que le projet de la Chambre des députés avait ajouté à l'article 231, en ce qui concerne les condamnations, même correctionnelles, que le conjoint demandeur peut invoquer comme cause de divorce, ces condamnations, d'après une jurisprudence constante conforme à l'esprit de la loi, peuvent toujours être admises par le juge comme injures graves de nature à motiver une demande en divorce ou en séparation de corps. On peut donc dire qu'il existe, à côté du divorce impérativement établi par l'article 232, un divorce facultatif pour des condamnations moindres. Or, comme le faisait observer M. Ribot à la Chambre des députés, lors de la première délibération (séance du 8 mai 1884, *Journal officiel* du 9 mai), il y a dans cet état de choses une lacune. En effet, le système du Code civil était celui-ci : le divorce accordé toutes les fois qu'une peine afflictive ou simplement infamante a été prononcée contre l'un des époux. La Commission ajoute le divorce facultatif en cas d'une peine correctionnelle à l'emprisonnement, pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, etc.

Mais il peut se faire qu'une Cour d'assises, par suite de l'admission des circonstances atténuantes, applique une peine qui ne soit pas afflictive et infamante, qui soit simplement correctionnelle. Il faut évidemment, dans ce cas-là, *à fortiori*, que le divorce soit prononcé.

Supposez, par exemple, une condamnation pour viol, à une peine correctionnelle, à raison de l'admission des circonstances atténuantes ; si l'on maintenait le texte de la Commission, le divorce ne serait pas possible ! C'est là évidemment une simple lacune.

143. Dans l'intervalle des deux délibérations à la Chambre des députés et après une seconde discussion au sein de la Commission, le projet de loi avait été modifié dans ce sens. On décida également que les condamnations prononcées par les conseils de guerre devaient être sou-

mises, en matière de divorce, aux appréciations du juge. Du reste, ce n'est pas dans l'article 232, mais dans l'article 231, comme il convenait, que ces nouvelles modifications avaient été introduites; elles ont été rejetées par le Sénat.

144. A propos du second alinéa rejeté par le Sénat et concernant l'absence invoquée comme cause de divorce, M. Léon Renault, dans son rapport à la Chambre des députés (7 févr. 1881, *Journal officiel* du 8), l'avait une première fois proposé dans ces termes :

« Nous avons pensé que lorsqu'un époux s'éloigne, qu'il abandonne un conjoint pendant cinq ans, sans lui donner de nouvelles, ou bien il y a réellement de sa part l'abandon, la désertion du domicile conjugal, c'est-à-dire l'injure dans ce qu'elle a de plus douloureux et de plus destructif du mariage; ou bien il y a réellement mort de l'absent, une mort qui ne se révèle pas dans les conditions de certitude prescrite par la loi, mais qui n'en doit pas pas moins être tenu pour constante. »

A la Chambre des députés du 15 juin 1882 (*Journal officiel* du 16), M. Carrète appréciait en ces termes cette disposition rétablie dans le nouveau projet :

« La Commission, ici, a établi un nouveau cas de divorce, inséré à la fin de l'article 232. Elle aurait même pu en faire l'objet d'un article spécial. Elle nous propose de décider que l'absence déclarée d'un des époux sera pour l'autre une cause de divorce. Ceci a été l'objet d'un long débat dans la discussion du Code civil.

» Il est très dur, lorsqu'un soldat, par exemple, qui s'est bien battu, a été fait prisonnier, et lorsque sa détention a duré longtemps, il est très dur pour lui, s'il revient après qu'on l'avait cru mort, de trouver sa femme mariée à un autre. Il faut dire, toutefois, que la déclaration d'absence ne s'obtient qu'avec de grandes difficultés et à la suite de longues formalités.

» Je vois plus d'avantages que d'inconvénients à cette disposition ; il y a peu de chances pour que celui qui a

été déclaré absent revienne, et il est certain que dans la plupart des cas l'interdiction de divorcer mettrait l'époux resté seul au foyer dans une situation très fâcheuse à tous les points de vue, et notamment à celui de ses intérêts. C'est pourquoi, ici encore, j'accepte la modification proposée par la Commission. »

145. Voici au surplus les réflexions que le rejet de cet alinéa a suggérées à M. Letellier, dans son rapport sommaire après le vote du Sénat : « Notre second alinéa introduisait une cause de divorce nouvelle que la logique semblait indiquer : l'absence déclarée. Si cette cause ne figurait pas dans l'ancien Code, c'était par l'unique raison que le titre de l'*absence* n'était ni voté ni présenté lorsque les pouvoirs publics discutèrent le titre du divorce ; il semblait donc bien naturel de l'y introduire aujourd'hui.

» Des scrupules de jurisconsultes s'y sont opposés. Mais cette décision du Sénat n'est pas sans appel. Tel jurisconsulte n'admet pas que l'absence puisse jamais être un cas de divorce, qui admettrait fort bien qu'elle pût justifier dans de certaines conditions la dissolution du mariage, et qui ne s'opposerait pas à ce que les articles 139 et 140 du Code civil fussent modifiés dans ce sens. C'est sous cette forme seulement que l'on peut espérer aboutir un jour au résultat que nous voulions atteindre directement. Il ne serait donc pas rationnel de retarder d'une minute l'application d'une loi éminemment morale, en vue d'une disposition qui pourra être reprise plus tard avec des chances de succès plus grandes que si nous insistions aujourd'hui. »

146. En somme, tel qu'il sort des discussions des deux Chambres, l'article 232 n'est pas profondément modifié ; il n'y a d'ajouté que la qualification d'« afflictive » à la peine qui peut être une cause de divorce, et cette addition amène ce résultat très équitable d'exclure des causes de divorce et le bannissement et la dégradation civique qui ne sont que des peines politiques.

L'ancienne jurisprudence pourra donc être utilement invoquée, ainsi d'ailleurs que la jurisprudence des Cours et tribunaux de Belgique où l'article 232 est le même que celui de l'ancien texte du Code civil, sauf les modifications apportées dans ce pays par la réforme du Code pénal en 1867, et dont nous serons forcés de faire connaître au lecteur les principaux caractères et les conséquences les plus marquantes en matière de divorce.

147. Avant de commencer cette revue de la jurisprudence française et étrangère, remarquons que, même antérieurement à l'introduction par le législateur contemporain du mot « afflictive » dans l'article 232, la tendance générale était de l'y sous-entendre; il résulte en effet des discussions au Conseil d'État, lors de la confection du Code civil, que le législateur, en employant la dénomination de *peine infamante*, avait l'intention de lui donner une signification plus étendue que celui qu'elle a dans notre Code pénal actuel. Cette qualification de peine infamante, dans l'esprit de l'article 232, se rapporte plutôt aux dispositions du Code de brumaire, qui réputait une peine *infamante* par cela seul qu'elle était *afflictive*. — (*V.* à cet égard Gand, 15 nov. 1841, *Pasicrisie belge*, 42. 2. 45; Demolombe, t. 4, n. 396; Aubry et Rau, t 5, p. 178, § 491; Le Senne, n. 99; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 232, n. 2.) — Sur la question de savoir si la condamnation à une peine simplement correctionnelle peut motiver une demande en séparation de corps ou en divorce, *Voir* ce que nous avons dit *suprà*, n. 115, à propos de l'article 231.

148 Il est impossible de faire intervenir ici, comme dans le cas de l'article 231, les faits antérieurs au mariage; l'article 232 se réfère textuellement à une condamnation encourue par un *époux;* c'est dire qu'elle doit être postérieure au mariage; ce point reste certain alors même que la condamnation aurait été ignorée du conjoint, au moment de la célébration. — (Proudhon, t. 1, p. 291;

Toullier, t. 2, n. 673; Favard, *Rép.*, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 1, n. 5; Marcadé, art. 306, n. 4; Demolombe, t. 2, n. 392; Aubry et Rau, t. 5, p. 178, § 491; Baudry-Lacantinerie, n. 644; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 232, n. 1. — Bruxelles, 13 août 1846, *Pasicrisie belge*, 46. 2. 307. — *V.* aussi Villequet, *du Divorce*, p. 91.)

Quelques auteurs pensent, au contraire, que l'on peut invoquer, pour demander la séparation de corps ou le divorce, des condamnations antérieures au mariage. — (*V.* Delvincourt, t. 1, p. 347; Duranton, t. 2, n. 561 et 562; Vazeille, t. 2, p. 560; Massol, p. 53, n. 5; Glasson, n. 130; Chardon, n. 29.)

D'après ces auteurs, c'est seulement au moment où l'infamie de l'un des époux atteint l'autre, c'est-à-dire au moment même où ce dernier en a connaissance, que la condamnation à une peine afflictive et infamante peut devenir une cause de divorce. — Nous répondrons simplement que ce système est, comme nous l'avons fait remarquer, en contradiction avec le texte ; le législateur a fait de la condamnation à une peine afflictive et infamante une cause spéciale de divorce. A cause de la gravité de la peine, la disposition de l'article 232, de même que celle de l'article 261 qui s'y réfère au sujet de la procédure à suivre en pareille circonstance, sont impératives; elles ne laissent aucune part à l'appréciation du juge comme le fait l'article 231. On ne peut donc appliquer une telle disposition à un cas que le texte ne prévoit pas expressément ; il faudrait pour le faire pouvoir laisser au juge une certaine latitude d'examen, une certaine latitude d'interprétation qui serait essenitellement contraire à l'esprit comme à la lettre de l'article 232.

149. Nous pensons toutefois que lorsque la condamnation à une peine afflictive et infamante sera antérieure au mariage, l'époux innocent pourra demander sa séparation de corps ou son divorce, non plus pour la cause spécialement prévue par l'article 232, mais pour injures

graves, aux termes de l'article 231. Il pourrait le faire s'il s'agissait d'une peine correctionnelle ; il pourra donc le faire à plus forte raison pour une peine plus grave, mais en pareil cas le défendeur aura le bénéfice éventuel du pouvoir d'appréciation souveraine que l'article 231 laisse au juge du fonds.

150. Il est excsssivement rare, au surplus, qu'un homme frappé d'une peine afflictive ou infamante puisse la dissimuler à son conjoint. Et d'autre part, si par une circonstance extraordinaire l'existence d'une telle condamnation ne vient aux oreilles de l'époux défendeur qu'après le mariage, il préférera presque toujours, en raison de la gravité du cas, effacer complètement par une demande en nullité de mariage la souillure dont il s'est trouvé flétri par son union. — (V. *suprà*, n. 134.)

151. Les auteurs du Code néerlandais, article 264, § 3, ont eu soin de trancher expressément la difficulté en limitant le divorce pour condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive et infamante au seul cas où cette condamnation serait survenue seulement depuis la célébration du mariage ; d'où l'on peut conclure que si le fait qui a motivé la condamnation est antérieur au mariage, mais que la condamnation elle-même lui soit postérieure, le divorce devra être prononcé. Cette dernière condition est seule exigée.

Au surplus, nous verrons bientôt *infrà*, quand nous nous occuperons de l'article 261, la procédure spéciale applicable au cas prévu par l'article 232.

152. Il est d'ailleurs évident qu'on ne saurait motiver une demande de séparation de corps que sur une condamnation définitive. —(C. instr. crim., 373. 374. 476. 635. et 641. — Delvincourt, t. 1, p. 191 ; Duranton, t. 2, n. 560 ; Vazeille, t. 2, n. 554 ; Toullier, t. 2, n. 373 ; Du Caurroy. Bonnier et Roustain, t. 1, n. 407 ; Demante, t. 2, n. 7 ; Demolombe, t. 2, n. 397 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 178, § 491 ;

Le Senne, n. 102; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 232, n. 3 et 5.)

Ainsi, la condamnation par coutumace de l'un des époux à une peine afflictive et infamante ne peut-elle être invoquée par l'autre époux comme cause de divorce, que lorsque la condamnation n'est plus susceptible d'être réformée par aucune voie légale, et par conséquent seulement après l'expiration des vingt ans qui suivent la date de cette condamnation — (C. civ., 261. — Cass., 17 juin 1813, S. et P. chr., D. A. 4. 267, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 495. — Paris, 6 août 1840, S. 41. 2. 49, P. 40. 2. 370, D. P. 41. 2. 48. —Trib. Anvers, 23 mars 1876, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* (de Belgique), par Cloës et Bonjean, 77-78. 7. — *Sic*, Proudhon, t. 1, p. 291 ; Duranton, t. 2, n. 560 ; Vazeille, t. 1, n. 554 ; Delvincourt, t. 1, p. 347; Demolombe, t. 4, n. 397; Aubry et Rau, t. 5, p. 178, § 491 ; Le Senne, n. 102.)

153. Au surplus, l'article 232 n'admet comme cause de divorce que les condamnations à des peines afflictives et infamantes.

Il en résulte que le demandeur ne pourrait être admis à prouver que son conjoint a été condamné pour escroquerie, ni même qu'il l'a été à une peine infamante par un tribunal étranger dont la décision ne saurait être déclarée exécutoire en France comme contraire aux lois existantes. C'est du moins ce qui a été jugé pour des époux belges par un tribunal de Belgique. — (Trib. Liège, 27 oct. 1877, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* (Belgique). par Cloës et Bonjean, 78-79. 362.)

154. On peut se demander jusqu'à quel moment l'épouse du condamné pourra obtenir contre lui le divorce ou la séparation de corps basée sur la condamnation; aucun délai ne lui est imposé à cet égard, la condamnation à une peine infamante reste une cause de séparation de corps ou de divorce, même après que le condamné a subi sa peine. — (Grenoble, 17 août 1821, S. et P. chr., D. *Rép.*,

v° *Séparation de corps*, n. 85; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 231, n. 2 et suiv.)

156. D'autre part, en règle générale, l'article 231 reste applicable, alors même que, par des circonstances quelconques, l'époux condamné n'aurait pas subi sa peine : notamment, s'il avait, antérieurement à la demande, obtenu sa grâce ou la commutation de sa peine en une simple peine correctionnelle — (C. instr. crim., 619. — Paris, 19 août 1847, S. 47. 2. 524, P, 47. 2. 505, D. P. 47, 4, 436. — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 559 ; Vazeille, t. 2, n. 557 et 559; Massol, p. 53, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 396; Aubry et Rau, t. 5, p, 179, § 491; Villequet, *du Divorce*, p. 83.)

156. Il en serait de même d'après MM. Aubry et Rau et Fuzier-Herman, *loc. cit.*, au cas d'amnistie. Il semble pourtant, en pareil cas, que l'amnistie qui efface jusqu'au crime lui-même devrait aussi en effacer toutes les conséquences.

157. Quant à la réhabilitation, elle efface ainsi la condamnation et ses conséquences, et constitue une fin de non-recevoir contre toute demande en séparation de corps ou en divorce fondée sur l'article 232 — (Grenoble, 17 août 1821, S. et P. chr. — Duranton, t. 2. n. 559; Vazeille, t. 2, n. 558 ; Massol, p. 53; Demolombe, t. 4, n. 396; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Le Senne, n. 105.)

On peut, en effet, considérer l'infamie résultant de la condamnation comme absolument lavée par l'arrêt de réhabilitation.

On pourrait pourtant faire contre cette conséquence de la réhabilitation de graves objections. D'abord, dans l'esprit du législateur, c'est la condamnation en elle-même qui est une cause de divorce; or, la réhabilitation laisse si bien subsister la condamnation qu'elle n'efface aucune de ses conséquences civiles, dont le divorce est une des plus importantes, et que si le réhabilité commet un nouveau crime, il sera considéré comme récidiviste. — Malgré cela,

nous croyons que la réhabilitation comme l'amnistie peuvent être invoquées par le défendeur contre qui le divorce est demandé en vertu de l'article 232.

158. Lorsque le mari, postérieurement à l'appel interjeté par sa femme d'un jugement la déboutant de sa demande en séparation de corps, a été condamné à une peine infamante, celle-ci peut s'en faire un nouveau grief à l'appui de sa demande. — (Paris, 24 avr. 1872, D. P. 72. 2. 172. — *Sic*, Aubry et Rau, *loc. cit.*)

159. A l'heure qu'il est, l'article 232, qui en Belgique existait sans la modification introduite chez nous par la loi nouvelle (*V. suprà*, n. 141 et suiv.), se trouve implicitement abrogé par l'article 7 du Code pénal promulgué en Belgique en 1867, et qui supprime la qualification de peine infamante. — (Trib. Bruxelles, 12 juin 1875, *Pasicrisie belge*, 76. 3. 106; 22 déc. 1877, *Pasicrisie belge*, 78. 3. 27.)

160. Il a été jugé cependant que si la condamnation à une peine infamante en Belgique est survenue antérieurement à la promulgation du Code pénal belge, la suppression, dans les lois actuellement en vigueur dans ce pays, de la classification des peines infamantes n'aura pas pour résultat de rendre inapplicable l'article 282 du Code civil qui ordonne que la condamnation de l'un des deux époux à une peine infamante soit pour l'autre une cause de divorce. — (Trib. Anvers, 5 mars 1870, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* (de Belgique), par Cloës et Bonjean, 69, 70, 172 ; *Belgique judiciaire* 70, 393. — Trib. Liège, 13 fév. 1875, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* de Belgique, par Cloës et Bonjean, 74-75, 1 153 ; *Pasicrisie belge*, 76. 3. 6.)

161. Mais la jurisprudence belge est encore hésitante sur ce point. Ainsi un jugement du tribunal de Bruxelles décide que la condamnation des époux à une peine infamante, d'après le Code pénal de 1810, n'est plus pour

l'autre époux, sous l'empire du Code pénal de 1867, une cause de divorce, quand même la condamnation serait antérieure à ce dernier. — (Trib. Bruxelles, 12 juin 1875. *Pasicrisie belge*, 1876, 3. 106; *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloes et Bonjean, 75-76. 388.)

On conçoit au surplus que cette difficulté tend à disparaître à mesure que le Code pénal belge de 1867 vieillit.

162. Mais la question paraît vouloir renaître sous une autre forme, dans un système d'après lequel, bien que le Code pénal belge de 1867 n'ait plus reproduit la qualification de peines afflictives et infamantes données aux peines criminelles, il n'en faut pas moins considérer la condamnation à une peine criminelle prononcée contre l'un des conjoints, comme constituant pour l'autre conjoint un motif suffisant de divorce. Il est bien entendu qu'il s'agit ici d'une assimilation de la condamnation criminelle à une injure grave. Rien de plus juste, puisque cette assimilation est admise même lorsqu'il ne s'agit que d'une simple peine correctionnelle. — (Trib. Nivelles, 22 nov. 1876, *Pasicrisie belge*, 78. 3. 210 ; Trib. Louvain, 28 juill. 1877; *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 77-78. 596.)

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE

SECTION I

Quelles personnes peuvent intenter l'action en divorce ou en séparation de corps.

---

§ Ier. — Caractère de l'action.

163. L'action en divorce pour quelque motif que la dissolution du mariage soit demandée est une action éminemment personnelle et ne peut être exercée que par les époux. — (Demolombe, t. 4, n. 426; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 648; Le Senne, n. 114.)— On conçoit qu'en pareille matière l'époux seul puisse être juge du point de savoir si la vie commune, dans les conditions où elle se présente à ses yeux, est ou non tolérable; si elle doit être ou non continuée. Dans le divorce pour causes déterminées, l'époux offensé jouit d'un droit de grâce dont le législateur, autant qu'il était en son pouvoir, a protégé et favorisé l'exercice. Il est évident que ce droit de grâce deviendrait inutile et illusoire si d'autres que les époux pouvaient prendre en main et diriger une action en divorce. Les précautions infinies que le législateur a

prises pour amener la conciliation, les obstacles sans nombre dont il a hérissé la procédure en cette matière, pour donner le temps aux ressentiments de s'apaiser, à la réflexion de produire un effet salutaire, deviendraient sans objet, si les époux n'étaient plus maîtres d'abandonner une instance commencée et pénible à suivre. Aussi, l'on peut se demander comment la question a pu même se poser. Elle s'est cependant posée dans différentes hypothèses que nous allons passer en revue, et nous verrons qu'elle pouvait et devait même, en certains cas, se poser soit à propos de la femme mineure, soit à propos de l'interdit et de son tuteur, soit enfin à propos des héritiers ou des créanciers de l'un des époux.

§ II. — Des époux.

164. Nous venons de dire que l'action en divorce ou en séparation de corps était personnelle. Mais les époux eux-mêmes sont soumis, pour l'exercice de cette action, à certaines formalités très longues et très compliquées que nous étudierons bientôt, quand nous en serons à la section traitant de la procédure proprement dite. — (V. *infrà*, n. 225). — Nous voulons seulement dire ici que, en cas de divorce des deux époux, même le mari, lorsqu'il est demandeur, ne peut poursuivre immédiatement son action que s'il y est autorisé par le président, qui a le droit de suspendre la permission de citer après une tentative infructueuse de conciliation. — (Art. 240 C. civ.).

165. Il est, d'ailleurs, nécessaire que la femme soit autorisée par justice. Cette autorisation lui est donnée par le président lui-même, à la suite de la tentative infructueuse de conciliation; mais il n'est pas nécessaire que cette autorisation soit conçue en termes exprès; elle résulte suffisamment de ce que le président renvoie les parties à se pourvoir devant le tribunal.

166. Mais ces formalités ne sauraient en aucune façon modifier le caractère éminemment personnel de l'action en divorce ou en séparation de corps.

La première conséquence de ce caractère personnel de l'action, c'est que la femme, même mineure, peut, sans autorisation de son mari, intenter et suivre contre lui une demande en séparation de corps ou en divorce. Mais lui faut-il pour cela l'assistance d'un curateur? M. Massol, *Séparation de corps*, p. 105, se base sur l'article 482 du Code civil, qui concerne le mineur émancipé, pour soutenir que la nomination d'un curateur est nécessaire lorsque la femme mineure veut, pour ramener le jugement à exécution, obtenir le montant de ses capitaux; mais l'article 482 est absolument étranger à la matière du divorce, et l'on doit décider que la femme, même mineure, n'a pas besoin d'autre autorisation que de celle du président pour suivre l'instance dans toutes ses phases. — (Duranton, t. 2, n. 585; Toullier, t. 2, n. 767; Berriat-Saint-Prix, t. 2, n. 751; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 307, n. 20.) — Du reste, les dispositions du titre du divorce qui autorisent la femme à intenter son action ne s'occupent point de savoir si elle est mineure ou majeure et les exigences des articles 236 et suivants du Code civil et 875 du Code de procédure sont des garanties suffisantes que l'action de la femme ne peut être intentée à la légère. — (Bordeaux, 1er juill. 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 903, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 225. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 3, n. 8; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 2, art. 1, n° 2; Carré et Chauveau, n. 2964; Berriat-Saint-Prix, t. 2, p. 751; Demolombe, t. 4, n. 445; Le Senne, n. 118; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 36 et suiv.)

167. Sous l'ancien droit, la femme seule pouvait demander la séparation de corps; mais aujourd'hui ce droit est réciproque, et le mari est autorisé à intenter l'action pour toutes les causes dans lesquelles la loi l'ouvre, comme au cas de divorce. — (Trèves, 28 nov. 1813, S. et

P. chr. — Caen, 26 mars 1824, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 213; 19 juin 1824, S. et P. chr. — *Sic*, en ce qui concerne l'ancien droit, Pothier, *Séparation de corps*, n. 509, 510 et 525; Rousseaud de Lacombe, v° *Adultère*; pour le droit nouveau, Demolombe, t. 4, n. 426; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 647; Le Senne, n. 113; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 30.)

§ III. — Du tuteur de l'interdit.

168. Malgré le caractère personnel de l'action en divorce ou en séparation de corps, cette action pourra-t-elle être exercée par le tuteur de l'un des époux en état d'interdiction? La question est très controversée; une première opinion, très absolue dans ses conséquences, refuse au tuteur d'un interdit le droit de demander le divorce ou la séparation de corps. Cette opinion, qui est celle de M. Laurent (t. 3, n. 216), et de la Cour de cassation belge (11 nov. 1869), s'appuie sur les textes (art. 229 et suiv.), d'où l'on peut, en effet, induire que l'action en divorce ou en séparation de corps est en principe, comme nous l'avons dit, une action personnelle. M. Villequet (*du Divorce*, p. 117) résume cette opinion dans les termes suivants : « Nous n'admettons pas que le tuteur représente l'interdit d'une manière assez intime pour qu'il puisse demander la dissolution de son mariage; car du droit de représenter quelqu'un dans les actes civils au droit de demander le divorce, il y a loin. D'ailleurs, le silence du Code et le caractère tout particulier de la procédure en divorce pour cause déterminée s'accordent pour refuser au tuteur une semblable action. La loi qui n'a institué le divorce que comme une mesure extrême, dont la justification ne se trouve que dans son urgente nécessité, la loi montre à l'évidence le désir extrême qu'elle a de voir l'instance avorter, par suite d'une reconciliation des époux; elle laisse ou plutôt suscite au de-

mandeur mille occasions de se désister de son action. Elle espère toujours dans un retour d'affection; elle organise l'ensemble des dispositions de ce titre de telle manière que la réconciliation, si tard qu'elle arrive, même si elle n'a lieu que devant l'officier de l'état civil, est cependant opérante, décisive dans ses résultats. »

169. Nous ne pouvons pas admettre ce système, d'abord au point de vue des principes, ensuite au point de vue de ses conséquences; au point de vue des principes, parce que l'article 450 dit que le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et que l'article 450 est une règle générale qui ordonne au tuteur aussi bien de veiller sur la personne morale, en ce qui concerne par exemple la conservation de l'honneur du nom, que sur la personne physique de l'incapable.

170. On nous objecte la procédure toute spéciale du divorce et de la séparation de corps qui favorise autant que faire se peut les occasions de réconciliation et de pardon.

Nous répondrons que la procédure est assez longue pour qu'il se produise pendant le cours de l'instance des intervalles lucides; quand l'interdit jouit de ces lueurs d'intelligence, ce qui arrive généralement plusieurs fois dans l'année, le premier devoir du tuteur à qui le soin de la personne de l'incapable impose l'obligation de demander pour lui la séparation de corps ou le divorce sera de choisir son temps pour qu'une réconciliation ait lieu si elle est possible, ou pour que l'interdit, dans un intervalle lucide, puisse arrêter l'action si bon lui semble par une simple manifestation de sa volonté.

171. Si nous considérons les conséquences de l'opinion contraire (les conséquences sont pour le moins aussi importantes à étudier que les principes lorsqu'on cherche à faire un livre utile), la première chose qui frappe les regards, c'est que l'époux interdit reste à la merci du conjoint

coupable; celui-ci pourra le maltraiter, mener une vie d'inconduite notoire, traîner son nom au pied de toutes les juridictions répressives, et le tuteur restera impuissant; tout au plus pourra-t-il prendre quelques mesures matérielles pour mettre momentanément l'incapable à l'abri des injures directes et des mauvais traitements de son conjoint.

172. On nous répond que, si le tuteur est impuissant et sans qualité, rien n'empêche l'interdit de demander lui-même le divorce dans un intervalle lucide. — (Laurent, t. 3, n. 216, *in fine.*) — Nous ne nions point que pendant cet intervalle lucide, l'époux interdit ne puisse, en effet, intenter une action en divorce ou en séparation de corps; mais nous soutenons que, cet intervalle lucide passé, le tuteur pourra continuer l'action commencée ou même la commencer avant l'intervalle lucide, sans quoi le droit pour l'époux interdit de demander la dissolution du mariage ou tout au moins la séparation serait irréalisable.

173. Nous pensons même qu'au cas où il n'y aurait pas du tout d'intervalle lucide, le tuteur pourrait encore, au nom de l'incapable, intenter l'action en divorce; mais il faut reconnaître que dans la majorité des cas cette action serait sans intérêt.

174. Toutefois, afin de ne pas encourir le reproche d'avoir repoussé une opinion sans l'examiner, descendons dans le domaine des faits, et voyons ce qui peut résulter dans la pratique de l'application du système contraire.

D'après l'opinion que nous combattons, l'interdit, nous dit-on, pourra intenter son action dans un intervalle lucide. Mais avant d'intenter cette action, il faudra qu'il en connaisse les causes; or, il ne pourra les connaître que pendant cet intervalle lucide, et nous aimons à penser que ceux qui ont le malheur d'avoir un interdit dans leur famille, ses enfants, son tuteur qui peuvent seuls profiter de cet intervalle lucide, qui tout au moins souhaitent ardemment la guérison de leur parent, ne guetteront

point la première lueur d'intelligence, le premier espoir de retour de l'interdit à la vie morale, pour s'empresser de lui confier qu'il est trahi par sa femme, insulté dans ses affections les plus chères, menacé dans son honneur, ou que son nom vient d'être couvert d'opprobre par la condamnation de son conjoint. Non, un fils, des frères, un tuteur qui agiraient ainsi, manqueraient à toutes les obligations qui dérivent des liens du sang ou de l'amitié, ou aux devoirs de protection que la loi leur impose, mais encore aux sentiments les plus naturels d'humanité, en compromettant la guérison possible d'une intelligence affaiblie ou en éteignant d'un mot la clarté passagère qui s'était faite dans l'esprit de l'interdit. Mais, afin qu'on ne nous accuse pas de donner trop d'importance à des considérations morales, supposons, avec les partisans de l'opinion que nous combattons, que l'interdit, aussitôt qu'il jouit d'un intervalle lucide, soit prévenu, sans qu'il en résulte rien de fâcheux pour ses facultés, des causes de séparation de corps ou de divorce qu'il peut invoquer contre son conjoint; qu'en résultera-t-il ? Il va intenter son action, une procédure longue et compliquée, les tentatives multipliées de conciliation vont commencer leur cours, l'intelligence de l'interdit (nous mettons toujours les choses au mieux) va supporter ces épreuves sans qu'il y paraisse ; enfin, les époux sont renvoyés devant le tribunal. Voilà l'affaire au rôle; quand en sortira-t-elle ? Dans six mois, dans un an peut-être ! Mais, répondront les partisans de l'opinion contraire, l'affaire dans ce cas est urgente, elle devra être jugée le plus rapidement possible. Eh ! sans doute, mais encore faudra-t-il que l'interdit le demande, qu'il présente par l'intermédiaire de son avoué une requête, par laquelle il alléguera, qu'il est dans un état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur, qu'actuellement il est dans un intervalle lucide, mais que ces intervalles lucides sont de courte durée, et concluera à ce qu'il plaise au tribunal d'accorder à son affaire un tour de faveur, la situation se présenterait dès lors sous un jour d'un comique, navrant. Mais nous

sommes convaincu que rarement les choses en arriveraient à ce point, car malheureusement, les intervalles lucides ne sont pas d'une durée assez longue. Alors, quelle sera la situation de l'interdit? Sera-t-il obligé à chaque intervalle lucide de recommencer son action? Ou bien devra-t-on considérer cette action suspendue pendant l'état de démence, et comme devant être reprise et continuée à chaque intervalle lucide jusqu'au jugement ou à l'arrêt définitif en cas d'appel? — Mais la situation serait intolérable pour l'interdit. Comment, il n'aurait de lueurs momentanées que pour suivre une action pénible ou dangereuse pour ses facultés! Mieux vaut pour lui rester irrémédiablement idiot ou imbécile. Voilà cependant l'opinion que M. Laurent nous propose; est-il besoin de la réfuter au point de vue juridique? — Non. Il n'y a qu'une réponse à faire. En droit, toute doctrine qui, par esprit de système, arrive à des conclusions impossibles dans la pratique n'est pas sérieuse et doit être impitoyablement mise de côté. Aussi, préférons-nous de beaucoup le système de la jurisprudence française qui donne au tuteur le droit d'intenter l'action en séparation de corps et, par conséquent, en divorce au nom de l'interdit.

C'est d'après ces principes que l'on décide généralement que le tuteur d'un interdit a qualité pour intenter au nom de celui-ci, contre son conjoint, une action en séparation de corps, même pour cause d'adultère. — (C. civ., 307. 420. 509. — Colmar, 16 févr. 1832, S. 32. 2. 612, P. chr., D. P. 33. 2. 130. — Bordeaux, 17 mai 1858, S. 59. 2. 429, P. 59. 32, D. P. 71. 5. 353. — Rouen, 26 juill. 1864, S. 65. 2. 44, P. 65, 236. — Caen, 26 juill. 1865, S, 66, 2. 44, P. 65, 236. — Caen, 26 juill. 1865, S. 66. 2. 197, P. 66. 814. — *Sic*, Magnin, *Minorités*, t. 1, n. 193; Demolombe, t. 4, n. 428; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 2, § 235, p. 470, note 17; Aubry et Rau, t. 5, § 492, p. 183; Massol, p. 117; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 648, *in fine*; Le Senne, n. 116; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 30 et suiv.)

175. Le même pouvoir appartient, à défaut du tuteur,

au subrogé-tuteur de l'interdit. — (Caen, 26 juill. 1865, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 168; Le Senne, *loc. cit.*)... surtout lorsque l'interdit a son conjoint pour tuteur. — (Colmar, 16 févr. 1832, précité. — Paris, 21 août 1841, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*) ... Il peut, du reste, dans ce cas, être nommé un tuteur *ad hoc*. — (Mêmes arrêts. — Le Senne, *loc. cit.*)

176. Nous ajouterons même que le tuteur ou le subrogé-tuteur n'ont pas besoin en pareil cas de l'autorisation du conseil de famille, cette autorisation n'étant requise que dans certains cas limitativement prévus par la loi. — (Paris, 21 août 1841, S. 41. 2. 488, P. 41. 2. 405, D. P. 42. 2. 22. — *Contrà*, Demolombe, t. 4, n. 428; Le Senne, n. 117.)

177. L'article 33 de la loi du 30 juin 1838 prescrit la désignation d'un mandataire spécial pour représenter en justice l'individu non interdit, mais placé dans un établissement d'aliénés qui, au moment où il aurait été mis dans cet établissement, se serait trouvé engagé dans un procès. Cette disposition conçue en termes généraux s'applique à toute espèce d'action en justice et ne fait aucune exception pour le cas d'une instance en séparation de corps ou en divorce. — (Cass., 20 mars 1878, *France judiciaire*, 77-78. 2. 567.)

En ce qui concerne l'interdit, le principe qui veut que l'action en divorce ou en séparation de corps soit personnelle subit donc une première dérogation.

§ IV. — Du conseil judiciaire.

178. En ce qui concerne les individus pourvus de conseil judiciaire, la question ne paraît pas pouvoir faire de doute. La défense faite aux individus pourvus d'un conseil judiciaire de plaider sans l'assistance de ce con-

seil est générale et absolue. Elle s'applique au cas où il s'agit de défendre à une demande en séparation de corps (ou en divorce). — (Amiens, 9 juill. 1873, S. 73. 2. 225, P. 73. 1039. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 1, p. 570, § 140; Demolombe, t. 8, n. 723; Le Senne, *Séparation de corps*, n. 119; Laurent, t. 5, n. 361. — *Contrà*, Bordeaux, 1er juill. 1806, S. et P. chr.; Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, S. 3, n. 9; Carré et Chauveau, 9. 2964; Massol, *Séparation de corps*, p. 105; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 37.)

179. Il est évident, au surplus, que l'assistance du conseil, nécessaire pour intenter l'action, est également requise devant tous les degrés de juridiction; spécialement, la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut, sans l'assistance de ce conseil, interjeter valablement appel d'un jugement de séparation de corps (ou de divorce). — (Limoges, 2 juin 1856, S. 56. 2. 601, P. 57. 783, D. P. 57. 2. 27. — *Sic*, Demolombe, t. 8, n. 724. — *Contrà*, Laurent, t. 5, n. 361.)

Il est donc dérogé en ce qui concerne le prodigue, comme en ce qui concerne l'interdit, au caractère personnel de l'action en séparation de corps ou en divorce.

§ V. — Des héritiers.

180. Si, dans certains cas, le caractère personnel de l'action en divorce doit nécessairement subir quelques exceptions que la nature même des faits lui imposent, ce caractère personnel entraîne une conséquence inévitable : c'est l'extinction de l'action à la mort de l'un des époux. Il n'y a aucune distinction à établir à cet égard entre le cas où l'action est intentée et celui où elle ne l'est pas; encore, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, elle ne passe point aux mains des héritiers de l'époux prédécédé.

181. Cette solution n'a pas toujours été admise. Notre ancienne jurisprudence faisait, en effet, passer l'action en séparation de corps aux mains des héritiers du conjoint prédécédé, en ce qui concernait les effets pécuniaires que la séparation pouvait entraîner. Quand l'action était engagée pour cause d'adultère, les héritiers du demandeur pouvaient la continuer. C'étaient eux, en pareil cas, qui profitaient de la part de la dot par l'époux défendeur, ainsi que de la révocation de tous les avantages matrimoniaux. Les héritiers pouvaient également continuer l'action que l'ancien droit accordait à la femme en matière de sévices, quand elle avait obtenu la séparation de corps, à fin de faire liquider à leur profit la révocation, pour cause d'ingratitude, des avantages qu'elle avait par son contrat de mariage ou depuis accordés à son mari.

Depuis la promulgation du Code civil, cette doctrine, qui tend néanmoins à disparaître, a trouvé encore des représentants. — (Zachariæ, t. 3, § 478, p. 369; Vazeille, t. 2, n. 585; Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps;* Duranton, t. 2, n. 580; Delvincourt, t. 1, n. 190; Malleville, art. 298; Pigeau, *Procédure civile*, t. 1, n. 420.)

Naturellement, ces auteurs ne reproduisent point les distinctions de l'ancien droit; l'article 299 met en effet toutes les causes de divorce sur la même ligne, à cet égard; mais on doit combiner les dispositions de ce texte nouveau avec les décisions de notre ancienne jurisprudence.

182. D'après une autre doctrine qui compte au nombre de ses partisans Locré (*Esprit du Code civil*, t. 4, n. 78), il y aurait lieu, lorsque le demandeur en séparation de corps décède pendant l'instance, *actio præparata*, d'appliquer à ce cas, par analogie, l'article 955 du Code civil, aux termes duquel la révocation des donations pour cause d'ingratitude pourra être demandée par les héritiers du donateur contre le donataire ou ses héritiers, quand le donateur est mort pendant l'action en révocation, ou dans le délai d'un an à partir de la perpétration du délit sur lequel cette action est fondée.

183. En résumé trois systèmes :

1er Système.—L'action en séparation de corps ou en divorce n'est pas éteinte au point de vue des conséquences pécuniaires par le décès de l'un des époux ; elle passe à ses héritiers.

2e Système.—La mort de l'époux demandeur n'éteint pas l'action lorsqu'il l'avait déjà intentée avant de mourir, ou est mort dans le délai d'un an, depuis la survenance des causes sur lesquelles est basée cette action.

3e Système.—L'action en séparation de corps ou en divorce est irrévocablement éteinte, au point de vue des biens comme au point de vue des personnes, par la mort de l'un des conjoints. C'est à cette dernière opinion que nous donnons toutes nos préférences.

184. *1er Système.*—Les partisans de la première opinion invoquent d'abord un argument de principe. Les actions font partie du patrimoine (art. 724). Or, aucune dérogation n'est apportée à ce principe relativement à l'action en divorce ou en séparation de corps par le Code civil ; donc ces actions, comme les autres, passent avec la succession dans les mains des héritiers de celui qui de son vivant pouvait les exercer. Qu'il soit dérogé à ce principe en ce qui concerne les personnes quand l'une des deux parties vient à manquer par la mort naturelle, cette doctrine l'admet. Mais lorsque l'action en divorce ou en séparation de corps est intentée, elle ne l'est pas seulement au point de vue de la personne des époux : elle l'est avec toutes ses conséquences. Les conclusions posées dès le début de l'instance contiennent dans leur dispositif ce qui doit être statué à l'égard des biens ; elles existent à l'égard des avantages matrimoniaux qui doivent être révoqués ; ce chef y est porté d'office, en vertu de l'article 299 du Code civil. C'est là une action qui reste dans le patrimoine du *de cujus* à sa mort et qui se continue en la personne de ses héritiers.

185. D'ailleurs, ajoute-t-on, lorsqu'un époux offensé est

décédé après avoir pardonné à son conjoint ou sans avoir intenté l'action en divorce ou en séparation de corps, ce qui revient au même, il est évident que les héritiers ne peuvent intenter une nouvelle action. Mais lorsque la preuve contraire résulte d'un procès déjà intenté par le *de cujus* au moment de son décès, il paraît logique de faire tomber cette action dans le patrimoine des héritiers. De plus, l'instance engagée doit nécessairement aboutir à un jugement. Quand même ce jugement ne statuerait que sur les frais du procès, il est utile de savoir à quelles parties ils incombent. Pourquoi ce jugement qui trouve effet quant aux dépens ne statuerait-il point également sur la révocation des avantages matrimoniaux? Quel texte l'en empêche?

186. *2e Système.* — Le second système invoque, comme nous l'avons dit, l'application par analogie de l'article 957 du Code civil. Ces effets sont les mêmes, mais il ne repose pas sur les mêmes motifs que le premier système.

D'après cette seconde opinion, les héritiers ont le droit de poursuivre l'action en révocation des avantages matrimoniaux déjà commencée dans la demande en divorce ou en séparation de corps, non plus comme conséquence de cette demande, mais en se basant sur l'ingratitude qui entraîne nécessairement la révocation des donations, en vertu de l'article 957; ce ne serait pas dès lors dans l'article 299 que les héritiers puiseraient leur droit, mais dans les articles 955 et 957.

Cette opinion s'appuie sur ce que les causes de révocation pour ingratitude se confondent avec les causes de divorce; elle invoque à l'appui de cet argument ce fait, dans l'exposé des motifs, du titre du divorce. Treilhard, portant la parole au nom du gouvernement, a mis sur la même ligne l'époux ingrat et l'époux coupable de l'un des faits qui peuvent motiver contre lui une demande en divorce.

187. *3e Système.* — Le troisième système, auquel nous

adhérons, rejette radicalement les deux autres; c'est d'ailleurs celui de la jurisprudence. La mort de l'un des époux éteignant l'action en divorce, cette action ne peut être ni continuée, ni reprise par les héritiers de l'époux décédé, même en ce qui concerne les biens et les avantages matrimoniaux.

Avant d'examiner les avantages de ce système et les applications que la jurisprudence nous en a données, remarquons que les deux autres opinions pèchent par la base. Comment conçoit-on qu'une instance relative au divorce, à la dissolution prématurée du mariage, puisse se poursuivre, quand la mort naturelle a elle-même produit cette dissolution? Comment désunir ceux que la mort a séparés ?

188. Sans doute, il ne s'agit plus que des conséquences pécuniaires qui découlent du divorce ou de la séparation de corps, c'est seulement en ce qui concerne ces intérêts matériels que les héritiers de l'époux décédé continuent leur action. Mais ce n'est là qu'une conséquence du divorce que les héritiers réclament. Le divorce, devenu impossible désormais par la mort de l'un des conjoints, ne saurait produire des conséquences dont les héritiers du défunt puissent se prévaloir, et puis, en admettant que les époux fussent encore vivants l'un et l'autre, que le divorce ait été prononcé, la révocation des avantages matrimoniaux qui en est en effet le résultat ne peut pas même en être considéré comme la conséquence principale : ce n'est qu'une conséquence accessoire, à laquelle le demandeur songe si peu, que le législateur a dû y songer pour lui. Dans l'article 299, la loi n'a traité cette question qu'en second ordre ; elle n'a pas pu prévoir dans ses dispositions que l'action en divorce deviendrait peut-être pour l'époux outragé ou pour ses héritiers un élément de calcul et de spéculation. C'est lorsque la loi règle les effets de la *prononciation du divorce* quant aux biens, que l'article 299 vient se ranger à sa véritable place ; c'est lorsque la dissolution du mariage est opérée entre les époux par l'effet du divorce,

et qu'il s'agit dès lors de donner à cette cause de dissolution une influence toute naturelle sur la liquidation devenue nécessaire, que l'on peut invoquer cet article 299.

Il suffit, pour se rendre compte de cette situation juridique, de lire cet article; il est ainsi conçu : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra, etc. » — Il s'agit bien là de la dissolution par le divorce seul et non de la dissolution par la mort naturelle. Quand cette dernière se produira, l'article 299 ne pourra donc jamais être invoqué. D'ailleurs, n'est-ce pas au chapitre des effets du divorce que le législateur a placé cet article?

189. Sans doute les actions, tant personnelles que réelles ou mixtes, sont des biens faisant partie de notre patrimoine et doivent passer, pour cette raison, dans le patrimoine de nos héritiers; mais la première condition pour que cette transmission s'accomplisse, c'est que ces actions ne sortent pas de notre patrimoine, qu'elles puissent y rester quoi qu'il arrive. Si je meurs, l'action que je pouvais seul intenter, et qui meurt avec moi, cesse d'être dans mon patrimoine, et je ne puis la transmettre à ma succession. La seule raison de douter, c'est que l'action en divorce ne s'éteint ni avant ni après le décès du demandeur, mais au moment précis de son décès, en même temps que lui, de sorte qu'à première vue les opinions que nous combattons ont tout aussi bien le droit de dire qu'à la mort du demandeur en divorce l'action est encore dans son patrimoine, que nous avons celui de dire qu'elle n'y est plus. Cette dernière proposition est la seule vraie. Nous allons tâcher de le démontrer par un exemple; mais, avant, il faut bien être d'accord sur une définition, celle du patrimoine. Il en existe une que personne n'a encore contestée; c'est celle que proposent MM. Aubry et Rau. D'après ces auteurs, le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, pris comme formant une universalité de droit. L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Dès lors, le

talent d'un musicien, d'un chanteur, d'un peintre, sont des éléments de son patrimoine. Que l'artiste meurt, cette partie de son patrimoine meurt avec lui; personne ne peut le contester, et cependant on peut dire qu'au moment de sa mort, cet élément était encore dans son patrimoine; mais lui mort, il n'y est plus. Il en est de même de l'action en divorce; bien qu'elle soit encore dans le patrimoine au moment du décès du demandeur, à l'instant précis de ce décès elle n'y est plus; aucune saisine n'a pu s'opérer, dont elle eût été l'objet. L'intérêt, le but du *de cujus* était la rupture du mariage : cet intérêt disparaît avec lui, et avec lui aussi l'action qui en dérivait. D'ailleurs, comme le fait parfaitement remarquer M. Villequet (*Traité du divorce*, p. 123) : « Le titre du divorce qui a ses règles propres aurait réglé la transmission de l'action, s'il avait entendu qu'elle pût avoir lieu. Or, telles qu'elles sont écrites, les dispositions du Code, quant au divorce, sont inapplicables à un débat entre un époux et les héritiers de son conjoint décédé. Voyez toutes les précautions que la loi prend pour éviter que l'on doive en venir à un divorce; voyez toutes les occasions de rapprochement qu'elle ménage ; voyez intervenir sans cesse le juge pour opérer, si c'est possible, une réconciliation! Sera-ce par hasard un rapprochement entre des collatéraux avides et un époux qui ne les connaît pas que le tribunal ménagera? Essayera-t-on de réconcilier un successeur au douzième degré avec le conjoint défendeur? Et si, parmi les héritiers, les avis sont partagés quant à la réconciliation à faire, votera-t-on par tête ou par souche? Ou bien faudra-t-il que les héritiers soient unanimes à vouloir poursuivre? Et dans le cas des articles 259 et 260 Code civil, déterminera-t-on un temps d'épreuve pour que les parties puissent se réunir? Fixera-t-on à la femme, dont les ressources sont insuffisantes, une pension proportionnée aux facultés des demandeurs, qui peuvent être au nombre de cent? — Non. Mais alors de quel droit rendez-vous pire la condition de l'époux défendeur? Il a le droit de compter sur les chances de réconciliation que la loi lui a suscitées ; il a le

droit d'espérer dans un retour d'affection de son conjoint; il a le droit d'espérer que les efforts réitérés du juge, pour ramener la paix dans le ménage, aboutiront, et tous ces droits acquis, vous ne pouvez les lui enlever arbitrairement! Il est évident que, quand la loi a ordonné toutes ces comparutions des parties en personne, elle n'a songé qu'à la personne même des époux; elle a cru au retour possible de la bonne entente entre les époux, par le pardon généreux de l'un et le repentir sincère de l'autre. Mais avec des héritiers s'agit-il bien de cela? La loi a-t-elle été assez ridicule pour penser qu'une réconciliation fût possible entre un époux et un allié, collatéral, rapace, qui ne voit dans le procès en divorce que de l'argent à gagner? »

190. Le premier des deux systèmes que nous avons exposés en commençant cette discussion objectait en faveur de la transmission de l'action en séparation de corps ou en divorce que, lorsque le procès est commencé, l'action fût-elle éteinte au milieu, la procédure ne peut être close que par une décision judiciaire, et que, quand même cette décision judiciaire ne ferait que statuer sur les dépens de l'instance engagée, il était intéressant pour les héritiers de la partie décédée de défendre leurs droits à cet égard. Nous répondrons simplement que rien, dans la loi, ne rend un jugement nécessaire dans le cas où, volontairement ou non, les parties laissent l'instance s'éteindre; alors les parties n'ont qu'à payer chacune de leur côté à leur avoué les frais de la procédure commencée. S'il en est autrement, si les parties entendent faire régler ces dépens par justice, le tribunal continuera l'errement dont il ne se départit jamais en semblable hypothèse, et qui consiste à compenser les dépens par la combinaison des articles 130 et 131 du Code de procédure, en tenant de la qualité des parties tel compte que de droit.

191. On se représente au surplus, en se plaçant sur le terrain plus élévé de la morale, quel spectacle repoussant

offrirait l'action en séparation de corps ou en divorce continuée par des héritiers, ne fût-ce que pour défendre leurs intérêts pécuniaires. Voit-on bien des enfants, par exemple des frères, des neveux, plaider devant les tribunaux l'adultère de leur mère, de leur sœur ou de leur tante, pour conserver dans la succession de l'époux dont ils héritent les droits qu'ils tiendront de la loi ou d'un testament. La loi est muette sans doute, mais il est impossible de penser que le législateur ait voulu pareille chose.

192. Ce que nous avons dit contre la transmission de l'action en divorce s'applique aux deux systèmes que nous combattons, aussi bien à celui qui prétend transformer l'action des héritiers en action en révocation pour cause d'ingratitude, qu'à celui qui prétend que cette action est purement et simplement transmissible, sans changer de nature au point de vue de la révocation des avantages matrimoniaux.

193. Remarquons seulement en terminant que même si l'on admettait le second système, il ne pourrait pas recevoir son application dans certains cas. Ainsi dans l'hypothèse d'une demande en divorce motivée par une condamnation à une peine afflictive et infamante, on ne pourrait pas invoquer les articles 955 et 957, qui n'ont trait qu'au cas d'ingratitude du donataire. Si des articles 955 et 957 nous passons à l'article 959 qui règle la même matière, nous constaterons d'un autre côté que les donations faites en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude ; le législateur l'a expressément indiqué. Comment dès lors invoquer l'ingratitude en faveur des héritiers de l'époux décédé, quand ils ne demandent autre chose que la révocation des avantages matrimoniaux consentis par son auteur au conjoint contre qui il avait, quand il est mort, intenté une action en divorce ?

194. Il est donc évident que le seul texte qui pourrait

être invoqué par les partisans de la transmission de l'instance, et encore ce texte ne peut pas l'être, nous l'avons vu, ce serait l'article 299; l'article 955 et l'article 957 traitent une matière toute différente, dont l'article 959 exclut même expressément la révocation des avantages matrimoniaux. — Cela se comprend, on ne saurait établir aucune analogie entre le lien conjugal et celui de reconnaissance, ou même simplement d'intérêt qui existe entre le donataire et le donateur.

Nous concluerons que le premier comme le second système doivent être rejetés comme contraire, au principe de la matière.

195. Quant au troisième système qui considère l'action en divorce comme absolument éteinte aussi bien quant aux biens que relativement aux personnes par la mort de l'une des parties, nous avons déjà dit que nous l'adoptions sans réserves.

Cette théorie est en effet la seule qui puisse s'harmoniser avec le caractère strictement personnel de l'action en divorce ou en séparation de corps, et qui soit véritablement conforme à la nature des choses; du reste, la jurisprudence et les auteurs sont presque unanimes à le reconnaitre.

Un nombre imposant d'arrêts décident, en effet, en s'appuyant sur les motifs que nous avons exposés, que toute reprise d'instance est absolument irrévocable de la part des héritiers de l'époux décédé, et que la séparation de corps ne peut plus être prononcée, même au simple point de vue des questions accessoires qui s'y rattachent (C. civ., 299). — (Cass., 17 juin 1871, S. et P. chr.; 5 févr. 1851, S. 51. 1. 81, et la note de Devilleneuve, P. 51. 1. 97, D. P. 51. 1. 49; 27 juil. 1571, S. 71. 1. 209, P. 71. 689, et la note de M. Boullanger, D. P. 71. 1. 81. — Douai, 23 mai 1831, S. 31. 2. 161, P. chr. — Lyon, 4 avr. 1851, S. 51. 2. 617, P. 52. 1. 183, D. P. 52. 2. 242. — Paris, 10 févr. 1852, S. 5 3. 2. 77, P. 53. 1. 563, D. P. 53. 2. 58; 7 juill. 1870. D. P. 70 2. 231. — Caen, 24 févr. 1855, S. 56. 2. 393. — Rouen, 20

août 1863, S. 64. 2. 224, P. 64. 1064, D. P. 65. 2. 119. — Paris, 5 avr. 1864, *Ibid.* — Caen, 3 mai 1864, *Ibid.* — Metz, 30 août 1864, *Ibid.* — Dijon, 7 févr. 1872, S. 72. 2. 6, P. 72. 86. — Metz (Charleville), 6 mars 1872, S. 73. 2. 15, P. 73, 191. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 429 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, p. 254 ; Valette, *Expl. somm.*, p. 150 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 307, n. 5, et *Rev. de legisl.*, 1851, p. 493 ; Massol, p. 114 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 152, § 472 ; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 648 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 299, n. 21 et suiv. — *Contrà*, Bruxelles, 26 avr. 1806, S. et P. chr. — Merlin, *Quest.*, v° *Dot*, § 5 ; Delvincourt, t. 1, 82, note 2 ; Duranton, t. 2, n. 580 ; Vazeille, t. 2, n. 585. — Chauveau sur Carré, 9. 2985 *bis*.)

196. Les héritiers n'ont même pas le droit de reprendre cette instance, pour arriver à faire statuer sur le sort soit des avantages matrimoniaux, soit des dépens se rattachant comme accessoires à la demande en séparation. — (Mêmes arrêts.)

Il en est ainsi, encore bien que l'instance ait franchi le premier degré de juridiction, et qu'elle soit engagée devant le juge d'appel. — (Cass., 27 juill. 1871, précité. — Caen, 24 févr. 1855, précité). — Il en est encore ainsi, en cause d'appel, nonobstant le jugement de première instance qui aurait prononcé la séparation de corps, dans l'ignorance où se trouvait le tribunal du décès de l'époux demandeur. — (Lyon, 4 avr. 1851, précité. — Caen, 24 févr. 1855, précité.) — Et les héritiers du défunt ne sont pas recevables à reprendre l'instance pour faire confirmer la révocation des avantages matrimoniaux, alors même que devant les premiers juges le *de cujus* l'avait demandée par des conclusions spéciales, si ces conclusions étaient fondées sur l'article 299. — (Metz [Charleville], 6 mars 1872. S. 73. 2. 15, P. 73. 191.) — ... et que l'affaire soit en état devant la Cour. — (Paris, 10 févr. 1852, précité. — Cass. 27 juill. 1871, S. 71. 1. 209, P. 71. 689, et la note de M. Boullanger, D. P. 71. 1. 81.) — ... même si l'instance était liée par des conclusions au fond prises contradictoirement à l'audience.

— (Cass., 27 juill. 1871, précité. — Rouen, 20 août 1863. — *Contrà*, Besançon, 21 juin 1869, D. P. 69. 2. 177.) — ...sans qu'il y ait lieu non plus de distinguer si le jugement frappé d'appel avait admis ou rejeté la demande en séparation de corps. — (Cass., 27 juill. 1871, précité. — Rouen, 20 août 1863, précité.) — ...ni si le *de cujus* était demandeur ou défendeur. — (Paris, 7 juill. 1870, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 430; Massol, p. 116.)

197. Enfin, les héritiers ne peuvent reprendre l'instance, même après l'arrêt de la Cour rendu par défaut et attaqué par voie d'opposition. — (Rouen, 20 août 1863, S. 64. 2. 224, P. 64. 1064, D. P. 65. 2. 119. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 648.)

198. Réciproquement, le conjoint survivant demandeur en séparation n'a pas le droit de continuer la demande contre les héritiers du défendeur. — (Demolombe, t. 4, n. 430; Massol, p. 115.)

199. A plus forte raison, les héritiers présomptifs de l'époux absent ne peuvent-ils non plus demander la séparation de corps ou la continuer. — (Le Senne, n. 120; Villequet, *du Divorce*, p. 126.)

200. Mais si la demande en séparation est justifiée par les enquêtes, les héritiers peuvent se faire définitivement adjuger les provisions qui avaient été accordées à la femme et les indemnités qu'elle avait réclamées. — (Rouen, 17 janv. 1823, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 158.)

201. Avant de passer à l'étude d'une autre question, un point nous reste encore à élucider. C'est une difficulté qui est spéciale au divorce; elle ne peut pas se présenter en matière de séparation de corps.

Le demandeur en divorce a gagné son procès. Non seulement sa demande est admise, mais passée en force de

chose jugée ; les délais d'appel sont expirés, ou bien il a obtenu un arrêt définitif. Mais le divorce n'est pas encore prononcé par l'officier de l'état civil.

Dans la législation française ce n'est pas le juge, c'est l'officier de l'état civil qui, sur le jugement donnant gain de cause au demandeur, prononce le divorce et inscrit la décision judiciaire, en vertu de laquelle il statue, sur les registres de l'état civil. Donc, alors même que le demandeur aurait gagné sa cause, le divorce n'est pas encore prononcé si la formalité pour laquelle l'officier de l'état civil est seul compétent n'est accomplie, et dans ces conditions le demandeur seul a qualité pour requérir cette prononciation ; s'il meurt avant de l'avoir fait, il meurt marié, et ses héritiers n'ont aucun droit pour faire prononcer le divorce.

Les motifs de décider ainsi sont d'ailleurs les mêmes que ceux que nous avons donnés dans les numéros précédents. — (V. *suprà*, n. 195.)

§ VI. — Des créanciers.

202. Il résulte enfin du caractère éminemment personnel du droit de demander la séparation de corps ou le divorce, que cette demande ne compète en aucune façon aux créanciers des époux. Il y aurait, d'ailleurs, dans une intervention aussi effective de ces derniers une grave atteinte portée à la dignité du mariage, si des difficultés pécuniaires des époux avec des tiers pouvaient permettre à ceux-ci de demander la dissolution, ou tout au moins la séparation. — (Demolombe, t. 4, n. 427; Massol, *Séparation de corps*, p. 112; Le Senne, *id.*, n. 114; Villequet, *du Divorce*, p. 117.)

203. Est-ce à dire qu'en matière de séparation de corps ou de divorce l'intervention des créanciers soit absolument bannie ? Nous ne le pensons pas ; ce serait les priver d'une garantie sérieuse et faciliter les manœuvres

déloyales. Il importe que le divorce et la séparation de corps ne deviennent pas entre des mains peu délicates un moyen de frauder les tiers. Aussi, croyons-nous que les créanciers pourront, le divorce, la séparation de corps une fois prononcés, surveiller la liquidation des droits de la femme, afin d'éviter toute manœuvre à leur préjudice. — (Carré, t. 3, 9, 2980; Rauter, *C. proc. civ.*, § 345, n. 1, note *a*; Marcadé, sur l'art. 307; Aubry et Rau, t. 5, p. 194, § 493.) — Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion de revenir sur cette question, quand nous étudierons les effets du divorce et la séparation de corps.

SECTION II

Compétence.

§ 1er. — Compétence *ratione loci.*

204. L'ancien article 234 était ainsi conçu :

« Quelle que soit la nature des faits ou délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, cette demande ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile. »

La Chambre des députés et le Sénat en première délibération avaient accepté ce texte; mais *le consentement mutuel* ayant une première fois été repoussé par le Sénat, la Commission sénatoriale, entre les deux délibérations, modifia ce texte. Le rapporteur, dans la séance du 23 juillet 1884 (*Journal officiel* du 24), explique ainsi cette modification qui a été définitivement acceptée par le Sénat et par la Chambre : « La nouvelle rédaction ne change rien au fond des choses. Le texte du Code civil faisait allusion au divorce par consentement mutuel; vous l'avez supprimé; il est devenu inutile d'y faire allusion dans la

nouvelle rédaction. C'est pour cela que nous avons pris une rédaction qui se concilie avec vos décisions antérieures. »

En conséquence, le nouveau texte de l'article 234 est le suivant :

Art. 234. — « La demande en divorce ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile. »

1° Règles générales.

205. Il va sans dire qu'il ne peut être question dans l'article 234 que du domicile du mari, puisque la femme non divorcée ni séparée ne peut avoir d'autre domicile que celui de son époux. C'est donc devant le tribunal de ce domicile que l'action en divorce comme l'action en séparation de corps doit être portée.—(C. proc., art. 108.— *V.* en ce sens, Demolombe, t. 4, n. 447; Aubry et Rau, t. 5, p. 1, q. 5 ; Laurent, t. 3, n. 828; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 653; Le Senne, n. 281 ; Villequet, p. 131.)

206. Peu importe que depuis peu le mari, usant de son droit, ait changé de domicile. La femme devra intenter son action en divorce devant le tribunal du nouveau domicile. — (Colmar, 12 déc. 1816, S. et S. P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 229 ; Laurent, t. 3, 2. 219.) — Toutefois, il faut nécessairement que ce nouveau domicile présente les caractères d'un établissement sérieux et durable et ne soit point une résidence passagère; il ne suffirait point, pour déterminer la compétence *ratione loci*, d'un simple domicile de tolérance. — (Trib. Bruges, 5 août 1844, *Belgique judiciaire*, 44. 1269.)

207. Mentionnons seulement ici une hypothèse très intéressante qui peut se présenter : c'est celle d'un mari qui, après la citation en conciliation devant le président du tribunal compétent, change de domicile. L'action devra-

t-elle le suivre devant le tribunal de son nouveau domicile, ou celui de l'ancien restera-t-il saisi? La doctrine et la jurisprudence ont adopté cette dernière solution, que nous étudierons bientôt d'une façon plus complète quand nous nous occuperons de la question de savoir à quel moment on peut considérer l'instance comme introduite. — (V. *infrà*, n. 274 et suiv.)

208. Lorsque le tribunal choisi par le demandeur n'est pas celui du domicile du défendeur comme l'article 334 l'indique, l'incompétence n'est pas absolue lorsque les deux époux sont français, mais simplement facultative, en ce sens que le juge n'est pas obligé de se déclarer d'office incompétent; il suffira, pour que l'action soit réputée valablement intentée devant lui, que l'époux défendeur ait accepté sa compétence. — (Bruxelles, 28 mai 1867, *Belgique judic.*, 67. 1105, *Pasicrisie belge*, 67. 2. 294). — Ainsi le mari qui s'est laissé assigner devant un tribunal autre que celui de son domicile, et a laissé le président rendre son ordonnance sans lui opposer l'incompétence, n'est plus recevable à proposer cette exception devant le tribunal. — (Carré sur Chauveau, *Lois de la proc. suppl.*, q. 2905.)

2° Epoux étrangers.

209. Une question particulièrement intéressante en cette matière, c'est celle de savoir quel est le tribunal compétent pour prononcer le divorce ou la séparation de corps lorsque l'un des époux ou tous les deux sont étrangers.

Nous croyons que, pour plus de clarté, il sera bon de diviser les deux cas :

1° L'un des époux seulement est étranger ;

2° Les époux le sont l'un et l'autre.

210. *Première hypothèse.* — Lorsque l'un des époux qui plaident est étranger, on doit se demander si c'est le mari qui est étranger, s'il est naturalisé ou non, autorisé ou non à établir son domicile en France. — Les tribunaux

français sont compétents pour connaître d'une demande formée par la femme d'un étranger contre son mari autorisé à établir son domicile en France. — (Cass., 23 juill. 1855, S. 56. 1. 147, P. 57.220.)—Mais si le mari est étranger non naturalisé et non autorisé à établir son domicile en France, les tribunaux français doivent se déclarer d'office incompétents, alors même que la femme, française d'origine et défenderesse, n'aurait pas opposé cette incompétence. C'est ce qui a été jugé en Belgique, à l'égard d'une demande en divorce formée par un étranger, dans les conditions que nous venons d'exposer, contre sa femme belge de naissance. — (Trib. Bruges, 5 août 1844, *Belgique judiciaire*, 44.1269.)

211. Si, au contraire, il s'agit d'un mari étranger, et d'une femme belge ou française, que ce mari ait été domicilié en Belgique ou en France, en règle générale on devra considérer les tribunaux français ou belges comme compétents. — Il a été décidé par la Cour de Bruxelles que les tribunaux belges sont compétents pour connaître de l'action en divorce intentée par la femme belge de naissance contre son mari étranger. — (Bruxelles, 28 mai 1867, *Belgique judiciaire*, 67. 1105, *Pasicrisie belge*, 67. 2. 294.)

L'espèce de cet arrêt présentait une particularité intéressante : le mari n'était plus établi en Belgique et il s'était fait naturaliser à l'étranger. Il semble donc au premier abord que le tribunal étranger du domicile du mari dût être compétent. — La Cour de Bruxelles répond dans son arrêt que le domicile coujugal doit être reputé maintenu en Belgique en l'absence de la preuve d'une volonté contraire. Le principe énoncé par la Cour nous paraît raisonnable, mais on peut se demander s'il était applicable dans l'espèce, car la preuve d'une volonté contraire devait être considérée comme résultant suffisamment de la naturalisation du mari à l'étranger. Il est vrai qu'en cette matière on peut invoquer l'appréciation souveraine des juges du fait.

Le tribunal de Bruxelles nous paraît, au contraire, avoir fait une juste application des véritables principes de la matière, en décidant que l'épouse d'un étranger qui a fondé en Belgique des établissements commerciaux, qui y a fixé de fait son domicile et n'en a conservé aucun dans son pays natal, peut actionner son mari devant les tribunaux belges, et qu'il y a d'autant plus lieu de décider ainsi que la demanderesse était belge avant son mariage. — (Trib. Bruxelles, 31 oct. 1857, *Belgique judiciaire*, 58. 231.)

212. Lorsque le mari étranger a quitté la Belgique (ou la France) pendant l'instance en divorce, l'officier de l'état civil compétent pour prononcer le divorce n'est pas celui de la dernière résidence du mari (en France ou en Belgique), mais bien celui du lieu où les époux avaient leur domicile au commencement du procès, ou celui de la résidence de la femme. — (Trib. Bruxelles, 26 août 1882, *Pasicrisie belge*, 82. 3. 293.)

213. *Deuxième hypothèse.* — Les époux sont étrangers l'un et l'autre.

Dans ce cas, les tribunaux français sont, en principe, incompétents ; cette incompétence est absolue et d'ordre public et doit être suppléée d'office par le juge.

D'après la jurisprudence belge, les juges, dans ce cas, seraient même incompétents pour connaître des demandes provisoires qui sont l'accessoire nécessaire de la demande en divorce, à moins qu'il ne s'agisse de mesures à prescrire en cas d'urgence pour la sûreté de la femme et de ses enfants. — (Cass. belge, 3 août, *Pasicrisie belge*, 48. 1. 358. — Bruxelles, 28 mai 1867, *Pasicrisie belge*, 67, 2, 294 ; 16 juin 1875, *Pasicrisie belge*, 75. 2. 337 ; *Belgique judiciaire*, 75. 888.)

214. Mais cette doctrine nous paraît exagérée; nous lui préférons de beaucoup celle de la jurisprudence française qui décide que les tribunaux français, incompétents pour

statuer sur le fond d'une demande en séparation de corps entre étrangers, peuvent cependant ordonner les mesures provisoires et conservatoires que nécessitent les circonstances de la cause, et, par exemple, autoriser la femme à quitter le domicile conjugal, condamner le mari à lui payer une provision alimentaire et valider la saisie-arrêt pratiquée pour avoir paiement de cette provision. — (*V.* notamment Trib. Marseille, 14 févr. 1884, *Journal des avoués*, 1884, art. 6043.)

215. D'après la loi anglaise, deux époux domiciliés à l'étranger sont soumis, quant aux causes de divorce, à la loi du pays où ils étaient domiciliés au moment où l'instance a été introduite; il n'y aurait pas lieu de distinguer à cet égard entre le cas où ils se seraient mariés en Angleterre et celui où ils se seraient mariés dans le pays de leur dernier domicile. — (Bruxelles, 17 févr. 1881, *Pasicrisie belge*, 81, 2. 440.)

3° Epoux séparés de corps antérieurement.

216. Il existe dans l'article 234 un cas particulier qui ne peut se présenter que relativement au divorce : c'est celui de deux époux séparés de corps judiciairement et dont le défendeur veut faire transformer la séparation en divorce, aux termes de l'article 310 modifié du Code civil.

La raison de douter, c'est que la femme séparée a un domicile réel, distinct de celui du mari.

Quel sera le tribunal compétent ?

Deux opinions sont en présence.

217. La première, que nous partageons, est celle de M. Laurent (t. 3, n. 219), d'après laquelle l'article 234 doit, dans notre hypothèse, subir une dérogation. Quand deux époux sont séparés de corps, la vie commune a cessé ; donc, plus de domicile conjugal. On rentre dans le droit commun, c'est-à-dire qu'on doit prendre pour règle l'adage *actor sequitur forum rei*.

218. L'opinion contraire ne tient aucun compte de la question de domicile pour déterminer la compétence dans cette hypothèse, mais elle fait une distinction que voici :

Ou la demande en divorce ne repose que sur les causes qui avaient fait prononcer la séparation de corps, ou elle repose sur des causes nouvelles.

Dans le premier cas, la seule juridiction compétente est le tribunal qui a statué sur la séparation de corps, parce que l'action du défendeur dans les limites de l'article 310 ne peut être considérée que comme un effet de la séparation de corps.

Dans le second cas, il s'agit d'une action nouvelle qui doit suivre les formes ordinaires et doit être jugée comme telle. — (Villequet, n. 131.)

219. Nous ne trouvons ni dans l'article 234, ni dans l'article 310, aucun motif de faire cette distinction qui constituerait une dérogation à la règle générale contenue dans le premier de ces textes. Il est difficile d'ailleurs de voir un effet de la séparation dans l'article 310; voilà pourquoi nous préférons la première opinion.

§ II. — Compétence *ratione materiæ*.

220. L'ancien texte de l'article 235 était ainsi conçu : « Si quelques-uns des faits allegués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la Cour d'assises; alors elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur.

A cette rédaction, le Sénat a substitué la rédaction suivante :

Art. 235. — « Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite crimi-

nelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après *la décision de la juridiction répressive;* alors... (le reste comme au Code civil). »

La différence porte sur la substitution des mots « la décision de la juridiction répressive » aux mots « l'arrêt de la Cour d'assises. »

Cette substitution était absolument nécessaire. Si les termes primitifs du Code avaient été maintenus, les peines afflictives et infamantes prononcées soit par des conseils de guerre, soit par des tribunaux maritimes, soit dans celles de nos colonies où le jury n'existe pas, ne pourraient pas devenir des causes de divorce, ce qui n'a certainement jamais été dans l'esprit du législateur de 1803.

221. Les auteurs du Code ont agité la question de savoir si ce tribunal civil de première instance serait toujours nécessairement la juridiction compétente en matière de divorce, si l'action civile en ce cas ne pourrait pas être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, quand les délais motivant cette dernière rentreraient en même temps parmi les causes de divorce.

222. L'article 235 met fin, dans les termes que nous venons de voir, à cette difficulté.

Comme on l'a vu d'ailleurs, l'article 235 ne déroge en aucune façon à l'article 234; le divorce est et reste une action civile, et le tribunal civil est seul compétent pour en connaître.

223. Rappelons seulement au point de vue historique qu'il en était autrement sous les lois du 24 août 1790 et du 20 septembre 1792. La première, dans son article 12, portait qu'un conseil d'arbitres choisis dans les parents ou les amis statuerait sur les différends pouvant s'élever entre époux, et la seconde de ces lois, dans son article 18, soumettait à cette juridiction sans appel les demandes en divorce pour causes déterminées.

224. M. Villequet, page 129, rapporte qu'on a encore vu sous le Code civil des arrangements de cette nature intervenir entre époux; entre autres un acte de divorce *fait devant avoué* par de braves gens qui se croyaient réellement divorcés.

C'est en Belgique sans doute que le fait s'est produit et à une époque éloignée; nous ne croyons pas qu'un pareil fait puisse se produire en France.

SECTION III

De la procédure proprement dite.

§ Ier. — Introduction de l'instance.

1° Requête introductive et procès-verbal de remise des pièces.

225. Les règles relatives à la procédure en divorce et en séparation de corps, quelle que soit celle de ces deux déterminations choisie par le demandeur, offrent entre elles de grandes analogies, mais diffèrent essentiellement des règles de la procédure suivies dans les autres instances.

Nous prendrons comme type la procédure en divorce, en ayant soin d'indiquer, chaque fois que l'occasion s'en présentera, les dérogations apportées à ses principes par les dispositions particulières à la séparation de corps.

226. Ni dans la séparation, ni dans le divorce, le demandeur ne peut citer directement devant le tribunal son conjoint défendeur. Toute demande en divorce, dit l'article 236, détaillera les faits; elle sera remise avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui en fera les fonctions, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie;

auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat se transportera au domicile du demandeur, pour y recevoir sa demande.

227. Les termes de cet article paraissent être absolus, la requête doit être presentée au président du tribunal par le demandeur lui-même en personne, et il n'est pas fait d'exception à ce principe, même pour le cas où le demandeur est gravement malade; la seule facilité que lui accorde le texte, dans cette circonstance extrême, est celle de recevoir chez lui le président ou le juge commis; mais il faut pour cela que l'état du demandeur soit vraiment très grave, et notre article exige qu'à la requête par lui présentée et tendant à obtenir le transport du juge à domicile soit joint un certificat de médecin. Le texte de l'article 236 est d'une grande clarté; la seule difficulté qui puisse s'élever à son égard est celle de savoir s'il est applicable ou non à la séparation de corps. Cette question est très controversée, notamment en ce qui concerne le transport du président à domicile en cas de maladie grave du demandeur. Nous croyons que l'affirmative doit être admise *mutatis mutandis*, c'est-à-dire dans la mesure où les dispositions qu'il renferme sont conciliables avec celles des articles 875 et suivants du *Code de procédure*, qui règlent l'introduction des demandes en séparation de corps. — (*V.* en ce sens. Massol, *Séparation de corps*, p. 108; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 236. — *Contrà*, Demolombe, t. 4, n. 439; Pigeau, *Procédure civile*, t. 2, p. 692; Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2969.)

228. Le seul but de l'exposé des faits joint à la requête est de faire apprécier au magistrat conciliateur la gravité des contestations, et de le mettre à même de remplir sa mission d'apaisement. En matière de divorce, la loi exige que l'exposé soit détaillé (art. 236); en matière de séparation de corps, au contraire, l'article 878 du Code de

procédure civile n'exige que l'exposé sommaire des faits. Il est donc inutile, dans cette dernière hypothèse, d'entrer dans les détails des griefs et de les préciser comme on le fait plus tard devant le tribunal qui doit ordonner l'enquête et rendre le jugement, ce qui implique, en matière de séparation de corps, le droit de présenter ultérieurement des développements et même des faits nouveaux. La solution contraire, en matière de divorce, résulte de l'article 336 qui prescrit, comme nous venons de le dire, le *détail* des faits joint à la requête introductive.

229. Pour le divorce, comme pour la séparation de corps, le ministère des avoués est-il indispensable? — Oui, même dans la période de l'introduction de l'instance (V. *infrà*, n. 276, *in fine*) ; partout où la comparution personnelle est exigée, l'avoué dresse les écrits, examine les griefs avant de les inscrire dans la requête. Lui-même peut être d'un secours utile au point de vue de la conciliation qui est dans le vœu de la loi ; il peut, en examinant avant le magistrat les faits qui sont proposés par le demandeur, faire remarquer à ce dernier, avant de rédiger la requête, que ses griefs ne sont pas suffisamment sérieux, tandis qu'au contraire, la requête une fois remise au président, même si celui-ci ne l'admet point, constitue dans l'esprit du défendeur un acte d'hostilité. — (Cass., 8 déc. 1881, S. 82. 1. 103.)

230. Il ne faut pas oublier que, dans nos habitudes du Palais, l'avoué est l'âme de toutes les transactions, et que, ne serait-ce qu'à ce point de vue, son ministère est toujours utile. Alors que souvent les parties en présence ne songent qu'à leurs griefs et à leurs récriminations réciproques, leurs avoués, au contraire, délibérant entre eux de sang-froid, sans partager la haine de leurs clients, peuvent réduire la cause à ses seuls éléments sérieux, la discuter complètement et sans passion, et souvent étouffer la cause avant même qu'elle se présente en conciliation.

Il ne faut pas, en effet, se le dissimuler; quand deux

époux viennent en conciliation pour une instance en séparation de corps, neuf fois sur dix, c'est qu'il est trop tard pour arrêter l'affaire. On peut la regarder en fait comme définitivement intentée, car les avoués auraient concilié les parties si elles avaient dû l'être. On nous objectera peut-être le secret dont le Code semble avoir entouré toutes les démarches préparatoires. Mais les avoués, par la nature même de leurs fonctions, ne sont-ils pas les dépositaires naturels des secrets des familles ? D'ailleurs, si l'on croit ajouter au secret de la procédure en excluant les avoués, on tombe dans une grave erreur. Les âmes les mieux trempées, au moment d'intenter une action en divorce, éprouvent le besoin de demander conseil. La détermination est grave ; il semble qu'avant de la prendre on ait besoin d'appuyer son opinion personnelle sur celle d'un autre. Qu'arrivera-t-il si vous supprimez l'avoué ? Le demandeur contera son affaire à tout le monde, demandera conseil à ses parents, à ses amis ; il prendra un nombre d'autant plus grand de confidents, qu'il les saura plus inexpérimentés. Tout le monde connaîtra l'histoire ; beaucoup voudront s'interposer, les femmes surtout ; les sollicitations, les intrigues, les cabales s'en mêleront ; chacun ne connaîtra qu'une partie des faits, les camps se formeront, le mal deviendra irréparable. — Si, au contraire, le demandeur va directement chez l'avoué, il sait d'avance qu'il s'est adressé à quelqu'un de compétent, à une sorte de médecin à qui l'on peut et l'on doit dire les choses en entier ; s'il y a des réticences, elles tomberont devant l'interrogatoire de l'officier ministériel au courant de l'esprit des plaideurs. En sortant, on peut dire que le demandeur n'éprouvera plus le besoin de chercher des conseils et des confidents, il aura une entière foi dans ceux qu'il a reçus ; il évitera même de parler de son affaire, et, d'ailleurs, le secret professionnel dont les avoués sont tenus comme les avocats, les médecins, les notaires, n'est-il pas une garantie suffisante du secret des débats préparatoires ? Ne sait-on pas avec quelle rigueur ce secret est observé dans les

mœurs de la basoche ? Ne sait-on pas que les avoués savent s'effacer à temps, quand il est vraiment utile que les parties se rapprochent pour se concilier ? On peut dire alors que les deux plaideurs, sortant de chez leurs avoués et se trouvant en présence, ont épuisé d'avance de part et d'autre les récriminations, écouté de part et d'autre de sages conseils, et que dans ces conditions, si la conciliation est vraiment possible, elle se fera avant intervention de la justice.

231. Il suffit d'ailleurs, pour bien se rendre compte que le législateur n'a pas entendu exclure de la procédure en divorce les officiers ministériels en jeu dans les autres actions, de se reporter aux articles du tarif de 1807 sur la matière.

L'article 29 du tarif civil accorde aux huissiers un droit de 2 fr. à Paris, et de 1 fr. 50 c. dans les départements, pour original de l'assignation dans une demande en séparation de corps (art. 870, C. proc.), ou d'une demande en divorce pour cause déterminée (C. civ. 241); d'où il suit que d'après l'esprit de la loi le ministère des huissiers n'est pas exclu de la procédure. Tout ce qu'on peut inférer du caractère personnel des premières démarches réglées par les articles 870 du Code de procédure, et 241 du Code civil, c'est que le ministère huissier, sans être exclu, n'est cependant pas obligatoire.

232. Quant aux avoués, l'article 79 du tarif civil porte à son profit, pour la requête de l'époux demandeur en séparation de corps, et contenant sommairement les faits, ainsi que pour la requête aux mêmes fins et dans les mêmes formes de l'époux demandeur en divorce pour causes déterminées contenant le détail des faits (C. proc., art. 875, et 230, C. civ.), un droit de 15 fr. à Paris, et 12 fr. dans le ressort, et d'un dixième en moins pour les tribunaux d'une ville ayant moins de 30,000 âmes. — (Décr. 16 fév. 1807.)

233. Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables, paraphera la demande et les pièces, et dressera procès-verbal de la remise du tout en ses mains. Ce procès-verbal sera signé par le juge et par le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer ; auquel cas il en sera fait mention (art. 237).

Le but de cette disposition est de permettre au président ou au juge commis à cet effet de tenter la réconciliation des époux.

Pour parvenir à ce but, deux conditions sont indispensables : d'abord, la comparution personnelle. Ainsi, une personne non présente ne pourrait, d'après les termes de l'article 237, intenter valablement une demande en divorce.

La seconde condition requise pour que la demande en divorce soit valablement introduite, c'est que la requête formulée dans ce but contienne l'exposé complet de tous les faits et griefs que le demandeur a l'intention de faire valoir devant le tribunal. On conçoit facilement, en effet, que si la requête présentée au président ou au juge commis ne contient point l'analyse détaillée des moyens du demandeur et des faits de la cause, l'intervention conciliatrice du président devient sans objet, puisqu'il ne connait pas d'avance les différends qui divisent les époux.

234. Le détail complet des faits relatés dans la requête offre un autre intérêt d'un ordre accessoire, mais qui a bien son importance pour le demandeur. Ce dernier, en effet, ainsi que cela résulte implicitement des termes employés par l'article 236, ne peut être admis, après l'introduction de l'instance, à faire valoir de nouveaux griefs en dehors de ceux énumérés dans la requête, à moins bien entendu que ces griefs ne soient postérieurs à l'introduction de la demande en divorce. — (Cass., 26 mai 1807. — Bruxelles, 9 mai 1874, *Belgique judiciaire*, 74. 404, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 200.) — Mais la jurisprudence belge n'est pas encore fixée sur ce point. Il a été jugé, notam-

ment par la Cour de cassation de Belgique, que le jugement qui, lors d'une demande en divorce, prend en considération des faits autres que ceux détaillés dans la requête introductive d'instance, sans les adopter comme constituant seuls et par eux-mêmes une cause de divorce, mais seulement pour corroborer et compléter les faits énoncés dans la requête en question, ne violait aucune loi.—(Cass. belge, 22 févr. 1844, *Belgique judiciaire*, 44. 1450, *Pasicrisie belge*, 44. 1. 142. — *V.* aussi Bruxelles, 15 févr. 1844, *Pasicrisie belge*, 44. 2. 340, *Belgique judiciaire*, 44.371; Bruxelles, 4 août 1868, *Belgique judiciaire*, 71. 1413, *Pasicrisie belge*, 71. 2. 26.) — Ces derniers arrêts des Cours d'appel de Belgique sont beaucoup plus radicaux dans leurs solutions que l'arrêt de Cassation belge du 22 févr. 1844; ils paraissent, en effet, donner au demandeur en divorce le droit de faire valoir, au cours de l'instance, des faits nouveaux absolument étrangers à ceux de la requête introductive, et pouvant valoir par eux-mêmes, et indépendamment de ces derniers, comme causes de divorce. Nous croyons, quant à nous, la doctrine admise par la Cour de cassation française, en 1807, de beaucoup plus conforme aux principes généraux de la procédure.

235. D'un autre côté, la jurisprudence belge, en cela elle a parfaitement raison et pourra, suivant nous, être utilement consultée sur ce point devant nos Cours et nos tribunaux, admet comme suffisamment détaillés dans la requête introductive d'instance pour faire déclarer la demande recevable les faits qui s'y trouvent énoncés de façon à édifier pleinement les magistrats et à ne pas pouvoir être niés par le défendeur, sans qu'il soit besoin de relater par le menu toutes les circonstances dans lesquelles ces faits se sont produits. — (*V.* à cet égard, Bruxelles, 2 juin 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 1060, et 9 févr. 1858, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 285.)

236. Comme on le voit par les exigences des articles 236 et 237, le rôle conciliateur du président com-

mence au début de l'instance, au moment même où le demandeur en personne lui présente la requête détaillant les faits sur lesquels il compte appuyer sa demande.

237. La requête ainsi rédigée et présentée par l'avoué du demandeur en séparation de corps ou en divorce dans les cas prévus par les articles 229, 230, 231 et 232 du Code civil, au président du domicile du mari, et contenant l'exposé détaillé dans le cas de divorce, et sommaire en cas de séparation de corps, des faits sur lesquels l'action est basée, ne doit pas être grossoyée ; il est dû de ce chef à l'avoué, aux termes de l'art. 79, § 3, du *Tarif civil*, 15 fr. à Paris, 13 fr. 50 cent. dans le ressort et 12 fr. dans le ressort des autres Cours, et l'émolument dû pour prendre les ordonnances est compris dans cette taxe.

2° Convocation des parties devant le président.

238. Le juge ordonnera, au bas de son procès-verbal, que les parties comparaîtront en personne devant lui, au jour et à l'heure qu'il indiquera ; et qu'à cet effet, copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé (art. 238).

239. Il est généralement convenu, non seulement en matière de séparation de corps, mais aussi en matière de divorce dans les pays où l'article 238 n'a pas cessé d'être en vigueur, que le *juge* dont parle ce texte est le président du tribunal civil ; mais aucune disposition légale n'exige que ce soit lui. Il a été jugé avec raison que l'ordonnance qui prescrit la comparution des époux devant le juge peut être rendue par un suppléant.—(Cass., 19 févr. 1861, S. 62. 1. 128, P. 62. 1127.)

240. Il a été jugé aussi que, dans tous les cas, la nullité n'en peut plus être demandée, lorsque les époux, en exécution de cette ordonnance, ont comparu sans protesta-

tion ni réserve devant le président pour se concilier. — (Même arrêt.)

241. Ce qui distingue spécialement des autres introductions d'instance les débuts de toute cette procédure que l'on pourrait appeler les premières démarches du demandeur en divorce, c'est le mystère ; en lui conservant son caractère essentiellement privé par le secret impénétrable dont il l'a entouré, le législateur a pensé que ce mode d'introduction de l'instance sera d'un grand secours pour le juge conciliateur, dont les efforts doivent naturellement tendre à étouffer le procès dès sa naissance. Au cas où les exhortations du magistrat sont suivies d'effet, il importe que la discorde qui motivait la requête soit complètement oubliée, qu'il n'en subsiste aucune trace matérielle et que les tiers n'en aient jamais soupçonné l'existence. Le mystère subsiste encore dans l'hypothèse même où le président voit ses efforts rester sans résultat et le demandeur persister dans ses intentions ; en ce cas, la procédure se continue entre lui et les parties.

Le président n'est pas même nécessairement assisté d'un huissier ou d'un greffier; il peut rédiger seul le procès-verbal de la remise des pièces (art. 237) et l'ordonnance de comparution (art. 238). Toutefois, la présence du greffier à cette rédaction ne serait pas, bien entendu, une cause de nullité. — (Liège, 31 mai 1865, *Belgique judiciaire*, 1865-1867, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231.)

242. La comparution même des deux parties que le président ordonne au bas de son procès-verbal se fait à huis clos. Il nous semble résulter de ce caractère particulier de la procédure préalable que l'ordonnance portant convocation à jour fixe des parties devant le président ne devra pas être nécessairement signifiée dans la forme ordinaire au défendeur, mais pourra simplement être communiquée ou adressée à ce dernier par le président lui-même, sans qu'il soit utile d'employer à cet effet le ministère d'un huissier. C'est d'ailleurs à cette opinion, qui ne paraît pas contraire

à l'esprit de la loi, que s'est rangée la jurisprudence belge en décidant qué la loi a laissé au président le soin de choisir le mode le plus convenable de communication ; mais que, cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il se serve du ministère d'un huissier, s'il le juge utile, eu égard aux circonstances. —'(Bruxelles, 11 mars 1844, *Pasicrisie belge*, 44. 2. 92.) — Ainsi le ministère d'huissier n'est pas exigé, mais il peut être employé néanmoins par le président.— Ajoutons qu'il peut être utilement remplacé, quant à la preuve de la communication de l'ordonnance, soit par un récépissé, soit au moyen de toute autre pièce probante. Il va sans dire *à fortiori*, que si, malgré la faculté qu'il a de se passer de l'huissier, le président a cru devoir l'employer (et dans la pratique belge, l'audiencier est généralement chargé de cette mission — Liège, 31 mai 1865, *Belgique judiciaire*, 65. 1367, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231), cet officier ministériel ne sera pas tenu de notifier au défendeur l'ordonnance du président dans les formes ordinaires des exploits. — C'est ce qui résulte d'un vieil arrêt de notre Cour de cassation qui décide que la notification à l'époux défendeur de l'ordonnance de comparution rendue par le juge, en exécution de l'article 238, n'est pas soumise, à peine de nullité, aux formalités exigées pour les exploits ordinaires. — (Cass., 23 germin. an XIII, S. et P. chr.)

243. Les dispositions des articles 236 et suivants du Code civil se trouvent résumées dans les articles 875 et suivants du Code de procédure ; dans l'un et dans l'autre Code, l'instruction de la séparation de corps et du divorce conserve le trait particulier que nous avons jusqu'ici essayé de préciser, en ce qui concerne surtout la discrétion que le juge et les parties doivent observer jusqu'au jour des débats sur le fond. A cet égard, les articles du Code civil se contentent d'ordonner aux parties de présenter la requête, ou de comparaître en personne. L'article 877 du Code de procédure civile est plus explicite, il ajoute : *Sans pouvoir se faire assister d'avoués ou de conseils.* Cette

prohibition n'est que la conséquence du secret absolu dont l'introduction de l'instance est entourée.

Le législateur a cru qu'il serait dangereux de faire intervenir au procès des tiers dont la présence serait peut-être de nature à envenimer les ressentiments et à empêcher la conciliation d'éclore par les soins du président et les explications des parties. Mais on pourrait invoquer ici contre l'article 877 l'article 242 du Code civil que nous étudierons bientôt, et qui se rapporte à une autre phase de la procédure particulière au divorce.

244. Un arrêt de la Cour de Bruxelles a, en effet, décidé dans le sens de cette dernière opinion que l'inobservation de l'article 877 du Code de procédure civile qui proscrit, en matière de divorce ou de séparation de corps, l'assistance d'un conseil lors de la comparution des parties en conciliation devant le président, n'entraîne pas la nullité de la procédure, et que l'une des parties peut, par exemple, se faire accompagner d'un parent. — (Bruxelles, 9 août 1848, *Pasicrisie belge*, 48. 2. 310, *Belgique judiciaire*, 48. 1220.)

245. Nous verrons bientôt, quand nous en serons aux mesures provisoires pendant l'instance, un autre cas où le président, devenant de juge conciliateur juge des référés, peut et doit admettre à sa barre les avoués ou conseils des parties.

246. L'article 238 porte que les parties comparaîtront au *jour et à l'heure indiqués* par le président. Mais dans quel délai ce magistrat sera-t-il tenu de les convoquer ? Le texte est muet sur ce point. Nous croyons, quant à nous, que l'article 238 ne présente cependant point de lacune qu'on puisse combler utilement, en cherchant des analogies dans les délais impartis par la loi pour les procédures de droit commun. Le législateur, suivant nous, n'a point voulu fixer de délai et il a bien fait. Le président, seul juge des circonstances de la cause, aurait pu être

considérablement gêné dans sa mission conciliatrice par l'obligation d'en finir dans un intervalle limité d'avance; il faut qu'il puisse juger de l'effet de ses efforts sur l'esprit des époux; il faut que ceux-ci aient le temps de réfléchir, mais il ne faut pas qu'au dernier moment, si le président entrevoit une possibilité quelconque de réconciliation, cet espoir soit déçu par une simple péremption.

La Cour de Paris a donc jugé avec raison, par un arrêt du 28 août 1879, que le délai de trois jours francs, fixé par l'article 51 du Code de procédure, concerne uniquement le préliminaire de conciliation devant le juge de paix, et ne peut, par analogie, s'imposer à l'époux demandeur en séparation de corps. Le délai dans ce cas étant déterminé par le président lui-même, la citation est régulière, pourvu qu'elle ait été délivrée à personne ou au domicile légal du défendeur; mais cette régularité de l'exploit d'ajournement n'est pas suffisante, et il faut encore que l'époux défendeur ne soit pas, par le fait de l'époux demandeur, placé dans l'impossibilité de se présenter en temps utile devant le président. — (S. 81. 2. 244. — *V.* aussi Amiens, 19 juin 1872, S. 72. 2. 100, P. 72. 477 et la note). — *Sic*, Le Senne, *Séparation de corps*, n. 129 et 150.)

247. On a voulu, en ce qui concerne plus spécialement le divorce, soutenir que le délai fixé par l'article 240 du Code civil pour la permission de citer accordée par le tribunal et dont nous occuperons bientôt, s'appliquait à la convocation des parties en conciliation; mais la jurisprudence belge a repoussé avec raison cette prétention. — (*V.* notamment Liège, 31 mai 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231, *Belgique judiciaire*, 65. 1365). — On conçoit qu'il n'y ait aucune relation entre l'article 240 et l'article 238; dans le premier, en effet, il ne s'agit plus d'une mesure préparatoire; dans le second, au contraire, il ne s'agit que de la convocation des parties en conciliation. Le président reste donc absolument maître de convoquer les parties en conciliation dans le délai qu'il lui convient de déterminer.

248. Il est bien entendu que cette convocation n'est nécessairement adressée qu'au défendeur, car le demandeur étant présent à l'ordonnance rendue par le président se trouve par le fait suffisamment averti. — La convocation des parties en conciliation peut être faite dans le même acte que le procès-verbal de la remise des pièces, et les deux peuvent être ainsi faits sous la même signature par le président, sans qu'il en résulte aucune nullité. — (Liège, 31 mai 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231, *Belgique judiciaire*, 65. 1367.)

249. La vacation à laquelle pourrait avoir droit l'avoué, pour l'obtention de l'ordonnance du président portant comparution des parties devant lui, est comprise dans la taxe de la requête présentée par le demandeur (V. *infrà*, n. 232) ; mais ce dernier doit en plus les frais de timbre et d'enregistrement.

250. La signification de l'ordonnance du président à l'époux défendeur est accompagnée d'une citation à comparaître devant lui en conciliation. Cette citation, ordinairement donnée par un huissier audiencier commis à cet effet par le président, peut néanmoins être donnée par tout autre huissier. Si, donc, l'ordonnance du président n'avait pas statué à cet égard, il serait inutile de présenter à ce sujet une nouvelle requête tendant à la commission d'un huissier. En tous cas, la citation en conciliation devant le président est taxée comme les exploits ordinaires. — (Art. 2. 9, § 75, du Tarif civil.)

251. Ici, une question peut s'élever. Faut-il donner copie de la requête introductive d'instance en même temps que de l'ordonnance du président, en tête de l'exploit d'assignation de comparaître en conciliation donné à l'époux défendeur? Une première opinion semble considérer cette copie comme inutile en la forme ; on pourrait peut-être à la rigueur se passer de signifier cette requête qui le sera plus tard, si l'instance se continue. — (*V.* en ce sens,

Sudraud-Desisles, p. 403, n. 1131.) — Mais d'après l'opinion la plus généralement admise dans la pratique, la copie de la requête introductive doit être contenue dans l'exploit de citation en conciliation, et signifiée ainsi avec l'ordonnance du président. Outre qu'il est d'usage constant qu'une ordonnance délivrée sur requête soit notifiée avec cette requête à la partie adverse, on ne peut contester que, dans l'espèce, il est très utile au défenseur, avant de se présenter en conciliation, de connaitre exactement les faits qu'on lui reproche et sur lesquels il aura déjà à s'expliquer devant le président. — (*V.* dans le sens de cette dernière opinion, Boucher d'Argis, p. 332, n. 2 ; Rivoire, p. 514 ; Pons, p. 76, § 66. — 1°; Chauveau et Godoffre, p. 594, n. 4818.)

252. Le droit de copie, en pareil cas, peut être dû soit à l'huissier, soit à l'avoué, suivant qu'elle a été faite par l'un ou par l'autre ; mais dans la pratique c'est plutôt l'avoué à qui ce droit est dû. Ce droit s'élève d'ailleurs à 0 fr. 30 cent. par rôle à Paris ; 0 fr. 27 cent. dans le ressort, et partout ailleurs à 0 fr. 25 cent. —(*Tarif*, art. 28 et art. 72, §§ 2 et 9.)

3° Comparution des parties.

253. Au jour indiqué, le juge fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut y parvenir, il en dressera procès-verbal, et ordonnera la communication de la demande et des pièces au procureur de la République, et le référé du tout au tribunal (art. 239).

Ici, nous nous rapprochons de la procédure de droit commun. L'article 239 présente une disposition analogue à celles des articles 48 et suivants du Code de procédure civile.

254. Mais elle en diffère sur deux points. — D'abord,

la non-comparution du défendeur n'entraine pas contre lui, comme au cas de conciliation ordinaire, la condamnation à l'amende de 10 francs, édictée par l'article 51 du Code de procédure.

On a pensé qu'une telle condamnation serait de nature à envenimer les choses entre les parties, en ajoutant à leurs griefs des tracasseries processives, absolument contraires à l'esprit de la loi qui veut, autant que possible, favoriser la réconciliation. — Quant à la non-comparution du demandeur en divorce, elle équivaut de sa part à un désistement. Toutefois, l'article 236 contient, pour le cas de maladie, une exception qui peut s'étendre à l'hypothèse de l'article 239; le demandeur pourra donc, s'il se trouve empêché par un accident ou une maladie de se rendre en conciliation au jour fixé, obtenir la remise de l'affaire, en produisant un certificat obtenu dans les conditions requises par l'article 236. — Mais tout autre motif d'excuse devra être impitoyablement rejeté. — (Sur l'application de l'art. 236 au cas de séparation de corps, V. *suprà*, n. 226 et suiv.)

255. La seconde différence qui existe entre la conciliation en matière de divorce et la conciliation ordinaire, c'est que le président, dans le premier cas, se trouve substitué au juge de paix. Après tout ce que nous venons de dire sur le rôle du président, quant à ce qui concerne l'introduction de l'instance, sa compétence exceptionnelle pour la dernière tentative de conciliation n'a plus besoin d'être justifiée; elle s'explique d'elle-même. Il eût été illogique de lui retirer la connaissance de la cause, après le commencement d'instruction qu'il avait fait lui-même, autant qu'il eût été contraire au vœu de la loi d'introduire un nouveau magistrat dans une procédure entourée de mystère à l'égard des tiers, et destinée à tomber dans l'oubli en cas de réconciliation. — (Cass., 17 janv. 1822, S. et P. chr., D. A. 3. 716; Toullier, t. 2, n. 768; Carré et Chauveau, quest., 2972; Berriat-Saint-Prix, p. 675; Favard, t. 5, p. 112; Rodière, *Proc.*, p. 377,

note; Massol, p. 169; Demolombe, t. 4, n. 440; Aubry et Rau, t. 5, p. 191, § 493; Laurent, t. 3, n. 329; Le Senne, n. 125.)

256. La tentative de conciliation devant le président du tribunal est une mesure d'ordre public. En conséquence, la procédure est nulle, si elle a été suivie, quand même cette tentative n'a pas eu lieu, par suite d'un fait imputable au demandeur. — (*V.* en ce sens, Paris, 3 juin 1854, S. 54. 2. 647, P. 55. 1. 469 et 28 août 1879, S. 81. 2. 244.) « Considérant, dit ce dernier arrêt, que la comparution personnelle des époux devant le président du tribunal, avant la demande en séparation de corps, prescrite dans le but d'opérer autant que possible un rapprochement, est une mesure d'ordre public dont l'inobservation entraine la nullité de toute la procédure qui a suivi; — Considérant que, s'il n'est pas nécessaire pour la validité du préliminaire de conciliation, que l'époux défendeur comparaisse devant le magistrat, il est du moins nécessaire que, par une citation conforme à toutes les prescriptions de la procédure, il ait été mis sérieusement en demeure de satisfaire au vœu de la loi, etc. » — (*V.* également en ce sens, Demolombe, *Mariage et Séparation de corps*, t. 2, n. 434; Aubry et Rau, t. 5, p 190, § 493; Massol, *De la séparation de corps*, p 180; Le Senne, *Traité de la séparation de corps*, p. 78, n. 146.) — Et la fin de non-recevoir tirée de l'inobservation du préliminaire de conciliation peut être opposée en tout état de cause. — (Cass., 4 mai 1859, S. 59. 1. 609, P. 59, 1061. — Paris, 10 mars 1864 (2 arrêts), S. 64. 2. 89, P. 64. 904. — Orléans, 29 juillet 1864, S. 64. 2. 188, P. 64. 904)... et même pour la première fois en appel. — (Orléans, 29 juill. 1864, précité.)

Ainsi donc, le président qui pourrait passer outre sur la citation en conciliation, lorsque le défendeur ne se présente pas, ne pourrait agir de même lorsque c'est le demandeur lui-même qui fait défaut. La non-comparution du demandeur en pareil cas équivaudrait de sa part à un désistement.

257. Le préliminaire de conciliation devant le président du tribunal est absolument indispensable en matière de séparation de corps ou de divorce, même lorsque la demande est basé sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. — (Toullier, t. 2, n. 771 ; Zachariæ, t. 1, p. 278; Massé et Vergé ; Marcadé, art. 307, n. 1 ; Bertin, *Chambre du conseil*, t. 2, n. 968, 976 ; Valette, *Expl. somm.*, p. 145 ; Demolombe, t. 4, n. 436 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 190, § 493 ; Le Senne, n. 155; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 357, n. 22. — *Contrà*, Massol, p. 175. — Rouen, 8 août 1883 (Lambert).

258. Un seul cas peut se présenter où le préliminaire de conciliation ne sera pas nécessaire ; cette exception dérive de la nature même des choses : c'est le cas d'une demande formée reconventionnellement en séparation de corps par l'époux défendeur à une demande de même nature intentée par son conjoint. — (Cass., 27 mai 1846, S. 46. 1. 747, P. 46. 2. 82 ; 10 déc. 1872, S. 72. 1. 413, P. 72. 1109 ; 2 déc. 1873, S. 75. 1. 125, P. 75. 289. — Bourges, 24 mars 1840, S. 40. 2. 503, P. 40. 2. 615. — Bordeaux, 4 juill. 1843, S. 43. 2. 573, P. 44. 1. 128. — Nancy, 21 janv. 1858, S. 58. 2. 75, P. 58. 793, D. P. 58. 2. 103 ; 16 déc. 1859, S. 60. 2. 272, P. 61. 826, D. P. 60. 5. 351 ; 23 août 1865, S. 66. 2. 60, P. 66. 233. — Pau, 10 mars 1864, S. 64. 2. 89, P. 64. 904. — Orléans, 29 juill. 1864, *Ibid.* — Agen, 30 nov. 1864, S. 65. 2. 59, P. 65. 329. — Paris, 13 janv. 1865, *Ibid.*; 23 févr. 1865, *Ibid.*; 14 mars 1872, S. 72. 2. 240, P. 72. 948. — Aix, 4 déc. 1865, S. 66. 2. 60, P. 66. 233. — Angers, 27 avr. 1880, S. 80. 2. 132, P. 80. 551. — Toulouse, 7 déc. 1872, S. 73. 2. 15. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n, 436 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 190, § 493 ; Bertin, *Chambre du conseil*, t. 2. n. 964, et journal *le Droit*, 27 janv. 1865 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 307, n. 54 et 70. — *Contra*, Cass., 10 mars 1864, S. 64. 2. 89, et la note de M. Dutruc, P. 64. 904. — Bordeaux, 11 juill. 1864, S. 64. 2. 188, P. 64. 904. — Colmar, 24 nov. 1864, S. 65. 2. 59. P. 65. 329. — Paris, 21 août 1868, S. 68. 2. 352, P. 68. 1291. — Bioche, *Dict.*

de proc., v° *Séparation de corps*, n. 93 ; Chauveau sur Carré, quest. 2972 ; Massol, p. 165 ; Rodière, *Comp. et proc.*, t. 2, p. 413 ; de Belleyme, t. 1, p. 319 ; Laurent, t. 3, n. 343 ; Le Senne, n. 153, *in fine*.)

259. En tous cas, le préliminaire de conciliation serait nécessaire à l'égard d'une demande en séparation reconventionnellement intentée à une action en réintégration du domicile conjugal. — (Cass. 4 mai 1859, S. 59. 1. 609, P. 59. 1061, D. P. 59. 1. 228. — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Séparation de corps*, n. 86.)

260. Mais en serait-il de même si au lieu d'une séparation de corps il s'agissait d'un divorce ? L'époux défendeur à une demande en divorce pourrait-il, s'il intentait une demande reconventionnelle de même nature contre son conjoint, être dispensé du préliminaire de conciliation ? — Non. La situation n'est plus la même ici qu'au cas de séparation de corps ; dans cette dernière hypothèse, si la procédure est jusqu'à un certain point spéciale, il ne faut pas oublier que l'article 307 porte que la demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. Malgré les dérogations que les articles 875 et suivants du Code de procédure ont apporté à cet article 307, il n'en contient pas moins un principe d'interprétation qui s'oppose formellement à l'application à la séparation de corps des règles qui sont absolument spéciales au divorce. Lorsque l'on se place au point de vue de la séparation de corps, on doit considérer comme règle générale l'article 307, c'est-à-dire le droit commun, et comme exception les articles 875 et suivants du Code de procédure civile. — (Gand, 9 janv. 1840, *Pasicrisie belge*, 40. 2. 8 ; Demolombe, t. 4. n. 433 ; Laurent, t. 3, n. 327 et 328 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 307, n. 1 et suiv.) — Il en résulte que la demande reconventionnelle en matière de séparation de corps rentre dans le droit commun et peut être faite par un simple acte au

cours de l'instance, comme toutes les demandes reconventionnelles.

261. En matière de divorce, la situation change : ce qui était tout à l'heure l'exception devient la règle. La procédure en divorce est absolument spéciale, depuis le commencement jusqu'à la fin ; la demande reconventionnelle est une nouvelle action en divorce, elle doit être soumise à toutes les formes que le législateur a établies pour cette action et qui sont d'ordre public : or, ces formes tendent, comme nous l'avons vu, à réconcilier les époux au moyen d'une série de tentatives dont nous avons parlé et qui sont absolument indispensables ; il faudra que la demande reconventionnelle repasse par toutes ces phases. C'est en vain qu'on répondrait que ces tentatives de conciliation ayant eu lieu une première fois sans résultat, il est inutile de les renouveler. La situation du demandeur est absolument changée ; il est devenu défendeur, il peut avoir à son tour un intérêt grave à ce que le divorce ne soit pas prononcé contre lui, cet intérêt l'amènera peut-être à se concilier, il ne faut, en ce cas, rien négliger pour arriver à ce résultat qui est avant tout le but que s'est proposé le législateur. Les parties doivent donc être remises en présence dans un nouveau préliminaire de conciliation. — (Bruxelles, 7 août 1852, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 339. — Trib, Bruges, 20 déc. 1876. *Pasicrisie belge*, 77. 3. 166, *Belgique judiciaire*, 77. 106. — Trib. Charleroi, 14 mai 1881, *Pasicrisie belge*, 82. 3. 22. — Laurent, t. 3, n. 271, *in fine*.)

262. L'article 878 du Code de procédure donne au président le droit de faire aux époux les représentations qu'il croit de nature à pouvoir opérer un rapprochement, et dans le cas où ses efforts n'aboutiraient pas, le législateur lui indique strictement la marche qu'il devra suivre. « Il rendra en suite de la première ordonnance une seconde portant, qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il renvoie à se pourvoir, sans citation préalable, au bureau de

conciliation. » Est-ce là un pouvoir discrétionnaire ? Nous ne le croyons pas. La forme de ce texte est celle d'un commandement, d'une injonction pouvant nécessairement donner ouverture à l'appel dans le cas où le président en aurait méconnu les termes. Autrement, si le président avait dans l'espèce un pouvoir discrétionnaire, il semblerait logique d'aller jusqu'à dire qu'il est libre de refuser au demandeur l'autorisation de poursuivre sa demande en séparation de corps, ce qui serait en contradiction avec le texte de l'article 878 du Code de procédure. D'un autre côté, une pareille thèse nous semble tout aussi contraire aux principes qu'au texte lui-même. Quelle a été l'intention du législateur en instituant le préliminaire de conciliation en matière de séparation ou de divorce ? Si l'on consulte à cet égard les dispositions du Code civil et du Code de procédure, le même esprit l'a guidé partout, l'intention du législateur a été d'investir le président d'un droit de médiation et non d'un droit de *veto*, comme cela ressort du mot *conciliation* employé continuellement par les textes.

263. Rien, dans l'article 238 du Code civil, ni dans l'article 878 du Code de procédure, n'autorise le président, en cas de non-conciliation, à soumettre à un sursis l'introduction de la demande. — (Paris, 15 mai 1881, S. 44. 2. 263.) — Mais il peut cependant, s'il le juge convenable, prolonger l'épreuve de conciliation, en ordonnant aux parties de se représenter à bref délai. — Ainsi, d'après M. Massol (*Séparation de corps*, p. 178), si le président pense qu'il est nécessaire, pour mener à bonne fin la tentative de conciliation, d'appeler les époux à diverses reprises, il lui est loisible d'exiger d'eux plusieurs comparutions successives. Il est quelquefois bien difficile dans une première entrevue d'exiger de personnes aigries qu'elles reviennent sur une détermination, d'autant plus tenace la plupart du temps qu'elle est plus grave. Le silence gardé par le législateur à cet égard doit être interprété en ce sens qu'il s'en refère à la sagesse du président, seul

juge des moyens propres à opérer un rapprochement. — (*V.* Aubry et Rau, t. 5, p. 191, § 493; Demolombe, t. 4, n. 441 et 442.)

264. Le président qui n'a pu concilier les époux doit les renvoyer directement devant le tribunal; il ne peut surseoir à rendre son ordonnance, et ajourner ainsi la séparation. Une pareille mesure préjugerait qu'il n'y a pas lieu, dès à présent, à divorce et empiéterait sur le pouvoir du tribunal, une telle ordonnance serait donc susceptible d'appel. — (Carré et Chauveau, *Quest.* 2272 *bis*, suppl.)

265. Si par son ordonnance le président statue sur la provision *ad litem* et dresse acte des restitutions que doivent se faire les époux, il préjuge la séparation de corps ou le divorce et excède ainsi ses pouvoirs.

266. Mais si le président a la faculté de rappeler les parties devant lui pour la conciliation, autant de fois qu'il le juge utile, est-il tenu de le faire? — Deux arrêts rendus anciennement par la Cour de Paris résolvent cette question d'une manière contradictoire. Le premier, du 15 mai 1844, dans le sens de l'affirmative; le second, du 18 mai même année, dans le sens de la négative. — (*V.* ces deux arrêts, S. 44. 2. 263.)

267. La solution de cette question dépend d'une autre qu'il est intéressant d'étudier ici : Quand pourra-t-on dire qu'il y a conciliation?

La doctrine s'accorde généralement à reconnaître que la réconciliation résulte de la volonté des parties; c'est cette volonté qu'il faut prouver. Il n'est donc pas nécessaire pour établir cette réconciliation de prouver qu'elle a duré un temps déterminé, ni qu'elle a revêtu une forme solennelle; mais elle doit s'accomplir en pleine connaissance de cause. — (Demolombe, *Mariage et Séparation de corps*, t. 2, n. 405 et 406; Aubry et Rau, t. 5, § 492, p. 185;

Blanche, *Études sur le Code pénal*, t. 5, n. 179 et 180. — *V.* aussi Cass., 8 déc. 1832, S. 33. 1. 528, P. chr.)

268. Comme le dit M. Laisné-Deshayes, dans une note sur l'arrêt que nous rapportons au numéro suivant (Rec. de Caen et de Rouen, 1884, p. 54), la réconciliation d'une façon générale peut se présenter sous deux aspects : ou elle est pure et simple et doit se produire immédiatement, ou, au contraire, elle est subordonnée à une condition. Dans ce cas, la réconciliation n'est acquise que lorsque la condition est accomplie. Par exemple, un militaire est en campagne ; pendant ce temps, sa femme commet un adultère. La correspondance du mari, dans son ensemble, indique le projet de reprendre sa femme ; c'est à la condition tacite qu'elle fera sa soumission. Au dernier moment, sa femme lui écrit une lettre injurieuse. La condition est défaillie. La défenderesse ne pourra plus désormais invoquer la réconciliation. C'est ainsi que la Cour de Caen l'a jugé par un arrêt du 14 mars 1883. — Rec. de Caen, 84, p. 57.)

269. Au contraire, il y a réconciliation immédiate pouvant élever une fin de non-recevoir contre la demande en divorce ou en séparation dans l'espèce suivante, qui s'est également présentée devant la Cour de Caen. Les motifs de l'arrêt rendu par cette Cour font suffisamment connaître les faits. — (*V.* sur les fins de non-recevoir, *infrà*, n. 294 et suiv.)

« Attendu en fait que les époux R... ont comparu, le 28 mai, à deux heures de l'après-midi, devant M. le président du tribunal civil de Caen, sans surprise et en pleine connaissance de cause, sachant que le président avait principalement pour mission de tenter d'opérer entre eux un rapprochement et une réconciliation ; que, sur les représentations faites aux époux par ce magistrat, le mari a déclaré qu'il consentait à pardonner, à se réconcilier avec sa femme, et à ne pas donner suite à son action en séparation de corps ; qu'ensuite, à trois heures

moins un quart, les époux ont quitté M. le président; qu'il est constant qu'aussitôt après, les époux ont, à la porte du cabinet du président, exécuté ce qui avait été convenu; qu'ils ont traité la question de la rentrée de la dame R... au domicile conjugal et sont tombés d'accord sur les voies et moyens; qu'ils sont convenus que la dame R... allait rentrer au domicile conjugal et qu'il valait mieux attendre le soir; que la dame R... attendrait jusque-là à l'hôtel de la place Royale; qu'il n'est pas contesté que les époux, qui s'étaient déjà embrassés dans le cabinet de M. le président, se sont séparés en se donnant la main et en se disant : *à ce soir;* que, si dans une deuxième comparution obtenue plus ou moins habilement de la femme, qui eût pu s'y refuser, le mari a, trois quarts d'heure plus tard, protesté contre les résultats de la première, ce fait est sans influence sur un consentement et un désistement acquis, aussi librement donnés que librement acceptés, et qui, absolument parfaits de tous points, ne pouvaient plus être rétractés.

« Par ces motifs, etc.... » — (Caen, 25 janv. 1882; Rec. de Caen, 1884, p. 55. —*V.* sous cet arrêt, les observations de M. Laisné-Deshayes.)

270. L'ordonnance par laquelle le président, après une tentative infructueuse de conciliation, autorise la femme à quitter le domicile conjugal et à ester en justice sur la séparation de corps ou le divorce, peut être rendue comme nous l'avons vu *suprà*, et ne donne lieu qu'aux simples déboursés de timbre et d'enregistrement. Le droit d'enregistrement est de 3 fr. 50 cent. quant au timbre; le chiffre en varie suivant la quantité de papier employé. Lorsque l'ordonnance du président, après tentative infructueuse de conciliation, ordonne la remise par le mari à la femme des effets de cette dernière et que le mari refuse d'y obtempérer, l'exploit d'ajournement devant le tribunal, lorsque la femme est demanderesse, peut contenir à ce sujet un commandement d'exécuter. Sinon, dans le cas par exemple où la femme est défenderesse, il peut être

fait un commandement spécial. Les frais de cet acte sont réglés par les articles 29 et 575 du *Tarif civil.*

271. Bien que les parties doivent comparaître en personne devant le président sans pouvoir être assistées de leurs conseils, il est dans les usages du tribunal de la Seine d'allouer une vacation à l'avoué pour la remise au président des pièces qui lui sont nécessaires. Nous ne croyons pas, quant à nous, que cette vacation soit légalement due, parce qu'elle n'est pas prévue expressément dans l'article 91 du *Tarif* qui statue sur les dépôts de pièces, et en pratique aucun droit n'est réclamé de ce chef par les avoués de certaines localités. Mais on doit reconnaître cependant, qu'en la matière qui nous occupe, la démarche de l'avoué est aussi réelle qu'en toute autre matière, et que rigoureusement il a droit à une rémunération ; à Paris, cette rémunération n'est jamais contestée par les juges taxateurs.

272. Lorsque le président, ce qui arrive rarement, réussit à concilier les deux époux, la demande est réputée n'avoir jamais été introduite : il n'en reste aucune trace. Si, au contraire, comme c'est le cas le plus fréquent, les efforts du juge conciliateur n'ont pas été suivis d'effet, il doit dresser procès-verbal de la non-conciliation ; ce procès-verbal est signé par les deux époux ou par le demandeur seul. En même temps, le président ordonne communication de la demande au procureur de la République et référé du tout au tribunal, afin que la justice ait son cours. C'est là, comme le dit M. Villequet (*du Divorce*, p. 141), le dernier acte de l'intervention officieuse du magistrat.

Dès ce moment, on peut considérer la demande en divorce ou en séparation de corps comme irrémédiablement intentée, non seulement à compter du jour de la comparution, mais encore rétroactivement, à partir de la requête introductive, suivie d'effet, qui a été remise au président. Mais il faut nécessairement attendre le jour où le procès-verbal de non-conciliation a été dressé, et

l'ordonnance de renvoi au tribunal rendue, pour fixer ainsi l'époque à laquelle a commencé l'action ; car, s'il y avait eu réconciliation devant le président, l'action aurait été considérée comme n'ayant pas été commencée.

273. Si, au contraire, il n'y a pas eu conciliation, l'action en divorce est formée par l'ordonnance que rend le président sur la requête de l'époux demandeur, en exécution de l'article 238 du Code civil ; ce qui revient à dire, en d'autres termes, que la requête introductive d'instance en divorce ou en séparation de corps, présentée au président, constitue, du moment où l'époux défendeur en est touché, le premier acte de l'instance soumise à la juridiction de ce tribunal.—(*V.*, à cet égard, Trib. Hasselt (Belgique), 12 juill. 1854, *Belgique judiciaire*, 55. 1173, et Cass. française, 8 déc. 1880, S. 82. 1. 103. — *Contrà*, Le Senne, n. 281 et suiv.)

274. Ce principe acquiert dans la pratique une très grande importance, non seulement au point de vue de la procédure en général, mais encore lorsqu'il s'agit de fixer la compétence du tribunal, *ratione loci* (V. *suprà*, n. 207 et 208), ou les effets du divorce relativement aux biens des époux. En ce qui concerne l'influence de l'époque où la demande en divorce ou en séparation de corps peut être réputée commencée sur les biens des époux, une fois le divorce prononcé, la question sera plus utilement étudiée, quand nous en serons à notre chapitre troisième.

275. Quant à ce qui concerne cette influence sur l'attribution de juridiction *ratione loci*, nous pouvons étudier cette question dès maintenant.

Supposons, par exemple, une demande en séparation de corps ou en divorce intentée par une femme contre son mari, les procédures du début sont terminées, le mari a reçu communication de la requête présentée par sa femme et de l'ordonnance du président autorisant cette dernière à le citer en conciliation. Les choses en étant

arrivées a ce degré d'avancement, le mari change de domicile. Quel sera le tribunal compétent pour statuer sur la demande en séparation de corps ou en divorce intentée par la femme ? Sera-ce le tribunal du nouveau domicile du défendeur, ou bien le tribunal dont fait partie le juge conciliateur auquel la demanderesse s'est adressée, et qui a rendu l'ordonnance de convocation ? — D'après ce que nous venons de dire sur la période de la procédure, où l'instance en divorce doit être réputée commencée, ce sera évidemment le second parti qui devra être adopté. Le tribunal dont le juge conciliateur est membre reste saisi de l'affaire par le fait même de la notification au défendeur, et le changement de domicile de ce dernier n'a aucune influence sur la compétence acquise de ce tribunal; il reste compétent *ratione loci*, parce qu'il était saisi avant l'événement qui aurait pu le rendre compétent. — (*V.* en ce sens Carré et Chauveau, *Procédure civile*, t. 1, sur l'art. 59, *Quest.* 284, et t. 6, 2e partie, sur l'art. 278, *Quest.* 2965 *bis*; Bioche, *Dictionn. de la procédure*, v° *Séparation de corps*, n. 50 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de la procédure*, *eod. verb.* 73; Rodière, *Traité de la compétence et de la procédure*, t. 2, p. 434, note 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, p. 278, § 155, note 2; Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. 2, n. 447.)

276. Il va sans dire que tous ces auteurs ne se placent qu'au point de vue de la séparation de corps dont les principes sont les mêmes en cette matière; il en est ainsi des arrêts suivants qui statuent dans le même sens. — (Cass., 27 juil. 1825, S. et P. chr. — Paris, 7 août 1835, S. 35. 2. 493, P. chr. — Amiens, 30 avr. 1836, P. chr. — Cass., 8 déc. 1880, S. 82. 1. 103.) — Ce dernier arrêt est particulièrement motivé; voici ses principaux considérants :

Attendu que c'est en sa qualité de membre du tribunal civil que le président reçoit la requête introductive d'instance en séparation de corps ; que cette requête, qui est nécessairement présentée par le ministère d'un avoué,

doit, aux termes de l'art. 875 du Code de procédure, contenir les faits sur lesquels la demande en séparation de corps est fondée, et que les pièces à l'appui doivent y être jointes ; qu'elle constitue ainsi, du moment que l'époux défendeur en est touché, le premier acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal ; — Attendu, en conséquence, que le tribunal civil de Caen s'est trouvé saisi par la notification que Madame R... avait faite à son mari de la requête présentée par elle au président dudit tribunal, requête qui a été répondue d'une ordonnance de ce magistrat, permettant de citer en conciliation devant lui, et suivie d'une citation donnée à R... à cet effet, conformément à l'article 876 du Code de procédure ; que, par suite, le changement de domicile opéré par le mari postérieurement à cette notification n'a pu dessaisir le tribunal, etc.....

277. Un arrêt de Poitiers, du 11 mars 1863, juge dans le même sens que la séparation de corps est réputée commencée du moment où, sur la comparution des parties devant le président, ce magistrat a fixé à la femme une résidence provisoire.— (Poitiers, 11 mars 1863, S. 63, 2, 130, P. 63, 908. — Mais *V.* en sens contraire, Massol, *Séparation de corps*, chap. 4, p. 199, n. 25 ; Rauter, *Proc. civ.*, n. 345, note *a.*)

278. Une autre question non moins intéressante peut se poser sur le même principe à propos de l'exception d'incompétence soulevée devant les tribunaux français par des étrangers.

D'après ce que nous venons de dire, l'instance ne commençant qu'après la convocation des parties devant le président, il en résulte que l'exception dont nous parlons sera utilement proposée au début de l'instance devant le tribunal lui-même ; il n'est aucunement nécessaire de la produire devant le président du tribunal en conciliation pour qu'elle soit réputée *in limine litis*. Mais cette solution peut également se déduire d'un principe plus général,

étranger à la matière de la séparation de corps et du divorce. En raison du caractère provisoire et conservatoire que la loi autorise le président à prendre préalablement à la séparation de corps, mesures qui rentrent dans les lois de police et de sûreté auxquelles l'article 3 du Code civil soumet les étrangers eux-mêmes, le droit de se prévaloir de la qualité d'étranger demeure intact pour le défendeur jusqu'au commencement des débats sur le fond. — (*V.* en ce sens, Amiens, 24 août 1880, S. 82. 2. 80.) — Mais il faut remarquer que l'exception d'extranéité n'est pas d'ordre public et que, par conséquent, la renonciation du défendeur à l'invoquer serait valable. Il a été jugé, par exemple, que le mari étranger à une demande en séparation de corps, est irrecevable à décliner en appel la juridiction française, s'il l'avait accepté en première instance. — (*V.* Nancy, 10 mars 1878, S. 78. 2. 200, P. 78. 842. — Cass., 5 mars 1879, S. 79. 1. 208, P. 79. 507.)

279. L'ordonnance du président renvoyant les parties devant le tribunal doit être, en matière de divorce, accompagnée d'un procès-verbal de non-conciliation; mais il semble ressortir de l'esprit de la loi, qui veut que tout soit fait en vue de faciliter le rapprochement des époux, que ce procès-verbal doit se borner à constater la non-conciliation, sans rendre compte des explications réciproques ou plutôt des récriminations des parties, ni même de ses propres observations. L'épreuve prescrite par les articles 238 du Code civil et 878 du Code de procédure doit en effet conserver son caractère absolument confidentiel et ne peut, en aucun cas, servir d'argument aux parties dans la suite des debats. — Ainsi, on ne pourrait admettre une des parties à prouver que, dans le cabinet du président, l'autre partie se serait servie contre elle d'expressions injurieuses (Trib. Muret, 18 févr. 1848, *Journal des avoués*, t. 73, n. 413, art. 485, § 102) : « Attendu, dit ce jugement, que le chef de preuves articulées au numéro 14 des conclusions se rapporterait à des faits qui se seraient passés

dans le cabinet du président appelé par la loi à concilier les parties; mais que ce magistrat ne peut révéler les confidences ou aveux que sa position l'oblige à recevoir, et que décider le contraire, serait transformer une entrevue conciliatrice en une comparution publique, où chaque partie devrait soigneusement peser ses paroles et ses expressions, etc... »

280. Ainsi le préliminaire de conciliation est d'ordre public, mais aucun texte de loi n'exige que les jugements ou arrêts qui prononcent une séparation de corps ou un divorce constatent que le président du tribunal devant lequel les époux ont comparu leur a fait les observations propres à opérer leur rapprochement. D'ailleurs, le moyen tiré de ce que la séparation de corps ou le divorce auraient été prononcés sans conciliation préalable devant le président du tribunal constitue un moyen nôlé de fait et de droit qui n'est pas susceptible d'être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. — (Cass., 30 janv. 1877, S. 77. 1. 159, *France judiciaire*, 76-77. 2. 312.)

Carré (Suppl., *Quest.* 2971) enseigne également que le président doit se borner à constater la non-conciliation ; il ne peut dresser procès-verbal de ce qui se dit ou se passe devant lui, les explications, déclarations ou reconnaissances des parties devant les juges, au moment de la comparution et de l'épreuve prescrites par l'article 878 devant toujours être considérées comme confidentielles et ne pouvant, en aucun cas, servir d'arguments et de moyens soit dans la procédure, soit à l'audience.

281. Aux termes de l'art. 875 du Code de procédure civile l'époux qui veut se pourvoir en séparation de corps est tenu de présenter au président du tribunal de son domicile une requête contenant *sommairement* les faits. — Les pouvoirs du président à cet égard sont réglés par les dispositions des articles 876, 877 et 878 du Code de procédure civile, ils sont de deux sortes, ceux qui se rapportent à sa

mission de juge conciliateur, et ceux qui dérivent de ses fonctions de juge; à ce dernier point de vue, c'est à lui qu'il appartient de statuer sur les mesures provisoires concernant le domicile de la femme, la remise de ses effets et la garde des enfants ; il est, à cet égard, investi d'une juridiction spéciale exclusivement attachée à ses fonctions, et en cas de contestation, ses ordonnances sont de véritables jugements qui lient l'instance, si l'époux défendeur ne comparaît pas ou expose une exception d'incompétence.

282. Il en résulte que lorsqu'un mari cité par sa femme devant le président conteste sa compétence, ce magistrat ne peut se refuser à vérifier cette exception. Il est impossible d'admettre que le président puisse se déclarer incompétent pour vérifier la question même de compétence qui lui est soumise et, passant outre, ordonner les mesures sur lesquelles il ne peut statuer, aux termes de l'article 875 du Code de procédure civile, que s'il est le président du tribunal du domicile du mari.

§ III. — Fins de non-recevoir.

283. On s'étonnera sans doute que nous n'ayons point étudié les fins de non-recevoir opposables à l'action en séparation de corps ou en divorce, immédiatement après les causes de séparation de corps, ou que nous ne les ayons point rejetées à la fin de la procédure

Nous avons cru devoir en placer l'examen après celui des diverses phases de l'introduction de l'instance et avant le commencement de l'instruction proprement dite, parce qu'il entre dans nos vues de prendre l'action en divorce ou en séparation de corps à son origine, et de conduire successivement par toutes les étapes qu'elles parcourent généralement jusqu'à la décision définitive. Or, il est à remarquer que c'est à cette époque de la procédure, alors

que la tentative de conciliation a échoué, que la fin de non-recevoir est proposée au tribunal.

284. Mais d'abord qu'est-ce qu'une fin de non-recevoir ?

La fin de non-recevoir est le moyen qu'un défendeur propose contre l'action intentée contre lui, et qui écarte la cause sans en permettre l'examen ; la fin de non-recevoir que nous définissons ainsi est généralement relative au fond du droit.

Il existe des fins de non-recevoir spéciales à la procédure. On les oppose quand cette procédure est irrégulière, et celle-ci doit être recommencée ; mais l'effet de cette dernière sorte de fins de non-recevoir ne va pas plus loin.

285. Nous ne ferons point de cette différence l'objet d'une division rigoureuse ; mais nous examinerons dans l'ordre suivant les principales fins de non-recevoir opposables. Elles peuvent du reste se ramener à cinq groupes.

1° Réconciliation ;
2° Compensation des griefs ;
3° Défaut de qualité des demandeurs ;
4° Défaut de pertinence des faits ;
5° Prescription.

Il est une autre exception que nous étudierons plus tard en son lieu, c'est celle que l'on peut opposer à la femme qui a quitté le domicile provisoire que le tribunal lui avait fixé pendant l'instance.

1° Réconciliation.

286. Le seul texte que contienne à ce sujet le titre du divorce est l'article 272 ; il est ainsi conçu :

« L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser l'action, soit depuis la demande en divorce. »

Cet article est complété par les deux suivants :

Art. 273. — « Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action ; il pourra néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. »

Art. 274. — « Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu reconciliation, le défendeur en fera la preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre. »

C'est du reste une raison et un principe de morale que l'offense s'éteint par le pardon de l'offensé. En matière de divorce, l'offense s'éteint pas le pardon de l'époux offensé.

287. Des conclusions tendant simplement à ce que le demandeur soit déclaré non recevable et non fondé en son action n'empêchent pas le juge de statuer sur le fond sans s'occuper d'aucune fin de non-recevoir, si d'ailleurs il n'en est spécifié aucune; dans les motifs des conclusions. l'article 272 n'est pas en effet exclusif de toute exception autre que celle de la réconciliation. On ne saurait donc induire de ce qu'il est conclu par le défendeur au rejet de la demande comme non recevable et mal fondé, que c'est d'une exception de réconciliation qu'il s'agirait dans de telles conclusions. — (Cass., 27 oct. 1863, *Pasicrisie belge*. 64. 1. 428, *Belgique judiciaire*, 64. 1459.)

288. Une fin de non-recevoir fondée sur la reconciliation doit toujours être admise avec faveur par le juge, mais il faut au moins qu'elle soit pleinement justifiée.

289. Lorsque sur une demande en divorce, ou en séparation de corps formée par la femme, le mari excipe d'une réconciliation, cette fin de non-recevoir doit être repoussée, si les enquêtes ont prouvé que le rapprochement des époux n'a pas eu pour but de rétablir la vie commune, mais seulement de concourir à l'arrangement d'un

affaire d'intérêt qui n'a pas abouti. — (Trib. Tongres, 15 mars 1870, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* (*Belgique*), par Cloës et Bonjean, 70-71. 352.)

290. Mais quand pourra-t-on dire qu'il y a eu réconciliation ? Dans quelle forme doit-elle se manifester ? Comment sera-t-elle prouvée?

Nous répondrons d'abord que la reconciliation n'est pas soumise à des formes quelconques, elle peut être expresse ou tacite.

291. Cependant, en principe, l'article 272 doit être interprété dans un sens restrictif; sous réserve des principes généraux sur la renonciation expresse et sur la prescription d'action, il n'existe pas contre la demande en séparation de corps de fin de non-recevoir absolue en dehors de la réconciliation. Il y a lieu toutefois de combiner cette proposition dans l'application avec la règle de l'appréciation souveraine des juges du fait sur la valeur des griefs produits à l'appui d'une pareille demande.

Il est d'ailleurs unanimement reconnu par la jurisprudence et les auteurs.

Les décisions des juges du fond quant à l'appréciation de ce qui constitue une réconciliation ne permettant pas à l'époux demandeur en séparation de corps d'invoquer des faits antérieurs à cette réconciliation échappent à la censure de la Cour de cassation. — (Cass., 25 mai 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 896; 15 juin 1836, S. 37. 1. 89, P. 37. 1. 27, D. P. 36. 1. 354 ; 12 nov. 1862, S. 63, 1. 214, P. 63. 696, D. P. 63. 1. 244. — *Sic*, Duranton, t. 1, n. 570; Aubry et Rau, t. 5, p. 184, § 492 ; Laurent, t. 3, n. 209.)

292. Toutes les espèces qui peuvent se présenter sur l'article 272 sont donc des questions d'interprétation ; le juge n'est tenu par aucune règle impérative, et il a pu être décidé que le simple projet de recommencer la vie commune, même accompagné d'un commencement d'exécution, n'est pas une cause suffisante de réconciliation,

quand les circonstances, et notamment les lettres des époux, démontrent qu'il n'y avait point de leur part une démarche sincère et une intention arrêtée de recommencer l'existence commune. — (Cass., 15 juin 1936, S. 30. 1. 89, P. 37. 1. 27, D. P. 36. 1. 354, P. *Rép.*, v°, *Séparation de corps*, n. 209 et 210.)

293. Il faut, en effet, que les faits dont on prétend faire résulter la réconciliation pour produire tout leur effet ne laissent aucun doute sur l'intention sérieuse de l'époux offensé de pardonner à son conjoint les torts de ce dernier envers lui. — (Trib. Tournay, 26 mai 1875, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 71.)

294. Il faut aussi, pour que la réconciliation puisse être admise, qu'au moment où se sont passés les faits qui sont opposés par le défendeur comme constituant cette fin de non-recevoir, le demandeur connût les charges qu'il invoque dans sa demande contre son conjoint.

L'exception tirée de la réconciliation des époux ne peut être admise que si l'époux auquel elle est opposée a eu connaissance de l'injure que cette réconciliation a effacée. Autrement la réconciliation ne serait qu'un fait purement matériel, dépourvu du caractère moral qui seul peut lui faire produire des effets juridiques. Il faut donc, pour démontrer qu'une injure a été pardonnée, prouver d'abord qu'elle a été connue. — (Cass., 4 déc. 1876, *France judiciaire*, 76-77, 2. 179. — Liège, 4 janv 1865, *Pasicrisie belge*, 65, 2, 238, *Belgique judiciaire*, 65, 1272. — Limoges, 21 mai 1835, S. 35. 2. 469, P. chr., D. P. 35. 2. 167. — Besançon, 20 févr. 1860, S. 60. 2. 229, P. 60. 436, D. P. 60. 2. 54. — *Sic*, Massol, p. 67 ; Demolombe, t. 4, n. 405 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 184, § 492 ; Massé et Vergé, t. 1, p. 252, § 139.

295. Ainsi, une lettre écrite par l'époux demandeur à son conjoint, et invoquée par celui-ci comme preuve de réconciliation, ne saurait empêcher la séparation de

corps, s'il ne résulte point des termes de cette lettre qu'au moment où l'époux demandeur l'écrivait, il eût connaissance de la gravité des torts de l'autre époux. — (Besançon, 20 févr. 1860 précité.)

Peu importe, au reste, que les faits de réconciliation soient antérieurs ou postérieurs à la demande en divorce ou en séparation de corps. — (Cass., 8 déc. 1832, S. 32. 1. 528, P. chr., D. P. 33. 1. 133. — *Sic*, Demolombe, t. 4, p. 406; Aubry et Rau, t. 5, p. 185, § 492.)

296. Il faut aussi que les faits de réconciliation soient postérieurs aux causes pour lesquelles le divorce est demandé. Le défendeur qui oppose des faits de réconciliation antérieurs au dernier fait en date coté dans la requête et les conclusions du demandeur, ne peut être admis à prouver, avant toute instruction sur le fond, que ce dernier fait est inexact. La preuve des faits de réconciliation rentre alors dans la preuve contraire opposée aux griefs du demandeur. — (Bruxelles, 29 mai 1848, *Belgique judiciaire*, 48. 985. — Trib. Bruxelles, 26 mai 1850, *Belgique judiciaire*, 51. 40. — Bruxelles, 17 juill. 1852, *Pasicr. belge*, 53. 2. 117, *Belgique judiciaire*, 53. 645. — Liège, 2 mai 1884, *Belgique judieiaire*, 64. 1377. — Trib. Courtrai, 9 nov. 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 51). — Ainsi, le défendeur ne serait pas recevable à exciper d'un fait de réconciliation qui aurait eu lieu quelques jours avant la demande en divorce, si le fait principal sur lequel repose cette demande, l'entretien d'une concubine, par exemple, a continué depuis l'introduction de l'instance; c'est à tort qu'on soutiendrait que la réconciliation survenue dans ces conditions efface *in preteritum* la cause du divorce, et que la continuation de cette cause de divorce depuis la demande, ne constitue qu'un fait nouveau pouvant seulement donner ouverture à une action nouvelle. — (Bruxelles, 5 août 1846, *Pasicrisie belge*, 48. 2. 32, *Belgique judiciaire*, 48. 1049.)

297. A plus forte raison, il n'y aurait aucun compte à

tenir de l'allégation que, depuis la demande, les époux ont cohabité et repris la vie commune, si cette allégation est démentie par les faits de la cause et la persévérance de l'époux demandeur à continuer sa poursuite, même à l'époque indiquée comme ayant vu s'opérer la réconciliation. — (Bruxelles 17 juill. 1852, *Pasicrisie belge*, 53. 2. 117, *Belgique judiciaire*, 53. 645. — Liége, 25 nov. 1852, *Pasicrisie belge*, 54. 2. 374.)

On conçoit, en effet, que la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation ne peut faire écarter péremptoirement *in limine litis* une action en divorce qu'autant qu'elle couvre tous les faits articulés par le demandeur, sans quoi l'action ne pourrait pas être considérée comme éteinte.

Aussi, lorsque des faits postérieurs à la réconciliation sont allégués, y a-t-il lieu de procéder à l'instruction de la demande. Le défendeur est libre de produire ultérieurement ce moyen, soit sous la forme d'exception péremptoire, si la preuve d'aucun des faits nouveaux n'est admise ou rapportée, soit sous la forme de preuve contraire. — (Liège, 2 mai 1864, *Belgique judiciaire*, 64. 1377.)

298. Le défendeur à une demande en divorce ne peut, afin d'en repousser l'admission, contester la pertinence de faits postérieurs à la réconciliation en se réservant de faire plus tard la preuve contraire, en produisant son exception pendant l'instruction au fond. — (Trib. Bruxelles, 26 nov. 1850, *Belgique judiciaire*, 51. 40.)

299. Voyons maintenant quels sont les faits d'où l'on peut induire la réconciliation.

Le premier fait qui vient à l'esprit est la cohabitation.

Faut-il voir une fin de non-recevoir contre la demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque, après les faits sur lesquels cette demande est fondée, la cohabitation a continué?

On ne peut pas répondre ici, en thèse générale, d'une manière absolue.

Nous savons que dès que la demande est formée, la femme peut être autorisée à vivre hors de la maison conjugale.

300. Il est évident que le retour de son plein gré de la femme au domicile conjugal, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, pourra être considéré à bon droit comme une forte présomption en faveur de la réconciliation. — (Bruxelles, 11 mai 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 268. — Cass., 12 nov. 1862, D. P. 63. 1. 244 — Riom, 18 niv. an XII et P. chr. — *Sic*, Aubry et Rau, t 5, n. 185, § 492.)

301. La reprise de la vie commune, lorsqu'elle a lieu entre des époux que leur situation de fortune et le milieu social dans lequel ils vivent mettent à même de suffire à leurs besoins personnels et de choisir, si cela est nécessaire, deux habitations distinctes, pourra presque toujours être considérée comme la preuve d'une réconciliation suffisante pour élever une fin de non-recevoir contre une action en séparation de corps et en divorce. C'est sous l'influence de ces circonstances que la Cour de Bruxelles a décidé que le fait, de la part de la femme demanderesse, d'être venue depuis les griefs servant de base à sa demande voir plusieurs fois son mari habitant une autre ville, de s'y être montrée dans le monde avec lui et d'avoir partagé avec lui le domicile conjugal, emporte réconciliation. —(Bruxelles, 10 juill. 1871, *Belgique judiciaire*, 71. 1076.)

On a également jugé que la convention passée entre deux époux, à l'effet d'aller conjointement fixer leur domicile dans une nouvelle localité, est un élément suffisant de réconciliation. — (Besançon, 1er juin 1811, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 24.)

302. On doit encore considérer comme prouvant suffisamment la cohabitation et la réconciliation qui en résulte les démarches faites par la femme demanderesse elle-même pour rétablir la vie commune lorsque ces démarches

ont été suivies d'effet. — (Bruxelles, 25 juin 1862, *Belgique judiciaire*, 62. 945, *Paricrisie belge*, 63. 2. 359.)

303. De même il y aura preuve suffisante de conciliation, quand la cohabitation continuée a eu pour conséquence la grossesse de la femme. — (Cass., 25 mai 1808, S. et P. chr., *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 272; 15 juin 1836, S. 37. 89, P. 37. 1. 27, D. P. 36. 1. 613. — Bordeaux, 9 fruct. an XII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Adultère*, n. 82, — Besançon, 1er févr. 1806, S. et P. chr. — Paris, 16 avr. 1807, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 403. — Grenoble, 23 août 1822, S. et P. chr., D. A. 2. 896. — Bordeaux, 4 juill. 1843, S. 43. 2. 573, P. 44. 2. 53, D. P. 44. 2. 160. — *Sic*, Duranton, t. 2 n. 571 et suiv.; Vazeille, t. 2, n. 576; Marcadé, sur l'art. 307, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 411.)

A moins, bien entendu, que la rentrée de la femme au domicile conjugal et ses relations avec son mari aient été forcées. — (Nîmes, 25 févr. 1808, S. chr., et la note de Devilleneuve, P. chr., D. A, 11.897, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 212.)

304. Il y a réconciliation suffisante pour écarter la demande dans le fait de la part de la femme demanderesse en divorce qui, après avoir été autorisée à se pourvoir en justice, ne donne pas suite à l'ordonnance qui lui fixe une résidence provisoire, réintègre le domicile conjugal, et y cohabite quelque temps avec son mari. La réconciliation dans ce cas a éteint l'action en séparation ou en divorce, et si des faits nouveaux surviennent, la demanderesse ne pourra point, pour reprendre cette action, se prévaloir de l'ordonnance qu'elle avait déjà obtenue pour assigner son mari; elle doit intenter une action nouvelle en recommençant les préliminaires exigés par la loi. — (Trib. Liège, 18 nov. 1848, *Belgique judiciaire*, 50. 953.)

305. Mais la réconciliation impliquant une renonciation au droit de poursuivre une demande en divorce, il faut

que les faits que l'on présente comme preuve de cette réconciliation ne puissent laisser substituer aucun doute à cet égard; il faut qu'ils établissent d'une façon indiscutable l'intention sérieuse, de la part du demandeur, d'oublier le passé et de pardonner l'injure. — (Bruxelles, 11 mai 1868, *Pasicrisie belge*, 18. 2. 268. — Trib. Tournay, 26 avr. 1875, *Pasicrisie belge*, 75. 3. 171.)

306. Il est en effet des cas, dans les classes malaisées, où la femme est en fait obligée de continuer à habiter avec son mari. Dans cette hypothèse, la cohabitation, même depuis la demande en séparation de corps, ne sera pas considérée comme une fin de non-recevoir, comme une réconciliation. — (*V.* en ce sens, Besançon, 1er févr. 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 888, D, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 212. — Gênes, 19 août 1811, S. et P. chr. — Pau, 27 mars 1813, P. chr. — Rennes, 1er avr. 1814, S. et P. chr. — Caen, 4 avr. 1808, S. et P. chr., D. A. 11, n. 934, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 464. — Bordeaux, 6 fruct. an XII, S. et P. chr., D. A. 11. 933; 4 juill. 1843, S. 43. 2. 573, P. 44. 1. 128. — Demolombe, t. 4, n. 410; Vazeille, t. 2, n. 576; Duranton, t. 2, n. 571; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 272, n. 17; Marcadé, sur l'art. 307, n. 3; Massol, p. 71; Marcadé, sur l'art. 307, n. 3, — *Adde*. Bruxelles, 3 mai 1847, *Belgique judiciaire*, 52. 852, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 270; 17 juill. 1852, *Pasicrisie belge*, 53. 2. 117, *Belgique judiciaire*, 53. 645. — Trib. Bruxelles, 8 juill. 1865, *Belgique judiciaire*, 63. 2. 824. — Trib. Tournay, 26 avr. 1875, *Pasicrisie belge*, 75. 3. 171.)

307. On rencontre à ce propos les espèces les plus bizarres. Ainsi, il a été jugé que la cohabitation pendant l'instruction de l'instance en divorce, la communauté de repas à la table de la belle-mère chez qui demeuraient les époux, le fait d'avoir trinqué ensemble dans ces circonstances, voire même l'achat d'un parapluie fait par la femme pour son mari de peur qu'il ne perdit celui de sa belle-mère, ne constituent pas nécessairement des preuves de réconcilia-

tion. — (Bruxelles, 28 oct. 1843, *Belgique judiciaire*, 43. 1759.)

On ne pourrait non plus considérer comme éteignant l'action en divorce la cohabitation survenue après un essai de conciliation soumis à une condition résolutoire dont l'inaccomplissement rendrait aux époux leur pleine liberté d'action. — (Trib. Bruxelles, 2 déc. 1865, *Belgique judiciaire*, 66. 678.)

308. Supposons qu'un mari, abandonné par sa femme, se mette à sa poursuite; il l'a rejoint en pays étranger, et veut bon gré mal gré la ramener dans la ville où est leur domicile conjugal. Pendant le cours de ce voyage, à l'auberge, la femme partage le lit de son mari, fait qui s'explique d'ailleurs par les circonstances de la cause, ainsi que par la situation modeste des époux; mais la femme, actionnée en divorce, cherche à s'en faire une fin de non-recevoir contre cette action. Il est évident que cette fin de non recevoir ne pourra être admise. — (Trib. Bruxelles, 8 juill. 1865, *Belgique judiciaire*, 66. 824.)

309. On ne saurait non plus faire résulter la réconciliation de ce que, le jour où des membres du tribunal sont descendus au domicile des époux pour procéder à un inventaire nécessité par l'instance en séparation de corps, les époux ont mangé ensemble, à la même table que ces magistrats, que la situation des lieux forçait de prendre leur repas chez les parties. — (Rennes, 4 févr. 1812, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 213. — *Contrà*, Cass., 4 avr. 1808, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Adultère*, n. 64.)

310. Et il en est ainsi, même au cas où c'est le mari qui est demandeur. — (Bordeaux, 9 fruct. an XII, précité. — *Contrà*, Toullier, t. 2, n. 762.)

311. En conséquence, la femme qui, étant sortie de la maison conjugale pour mauvais traitements de son mari, demande à y rentrer, sous toutes réservés, n'est pas, pour

cela seul, réputée s'être réconciliée et avoir renoncé à son action en séparation.— (Turin, 14 févr. 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 896, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 112. — *Sic*, Massol, p. 75.— *Contrà*, Demolombe, t. 4, n. 412.)

312. Au surplus, la situation modeste des époux et leur humble condition ne seront pas la seule circonstance de nature à déterminer, de la part du juge, le rejet de la fin de non-recevoir, tirée de la réconciliation même, quand elle semble résulter de la reprise de la vie commune.

313. Il peut se faire que la bonne foi du demandeur ait été surprise, qu'on lui ait arraché, en lui représentant une situation fausse, une grâce qu'il n'avait pas l'intention d'accorder, et qu'il n'aurait pas accordée en effet en d'autres circonstances.

C'est dans un semblable concours d'événements qu'il a été décidé que le pardon du mari outragé, même si ce pardon est suivi d'une cohabitation de quelques jours, ne constitue pas la réconciliation, si les actes du mari ont été déterminés par des manœuvres et artifices frauduleux, destinés à lui faire croire que la vie ou la raison de l'épouse coupable étaient en danger; et que le mari, aussitôt la fraude découverte, s'est empressé de quitter sa femme et d'intenter son action. — (Bruxelles, 9 août 1877, *Belgique judiciaire*, 77. 1409, *Pasicrisie belge*, 78. 2. 260.)

314. Ainsi, les relations même intimes qui n'ont qu'un caractère accidentel et ne comportent pas de la part de l'un des époux une pleine liberté d'action et l'intention arrêtée d'oublier le passé ne sauraient constituer une réconciliation, — (Besançon, 13 juin 1864, D. P. 64. 2. 112.

315. Ne peut être considérée non plus comme une réconciliation la sommation faite par la femme demanderesse pour être reçue au domicile conjugal d'où elle était sortie par suite d'une séparation volontaire convenue entre les

époux, alors même que le mari offre, à l'audience, de déférer à la sommation. — (Paris, 21 nov. 1840, S. 41. 2. 68, P. 41. 1. 415, D. P. 41. 2. 113.)

316. La cohabitation des époux qui connaissaient déjà l'un contre l'autre des faits d'adultère ne constituerait une réconciliation que lorsqu'elle aurait lieu dans des circonstances telles que l'oubli des fautes ne serait pas douteux. — (Cass., 26 flor. an XIII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 463.)

317. Et l'on ne saurait considérer comme une fin de non-recevoir suffisante le simple désistement donné par le mari demandeur de la plainte en adultère portée contre sa femme.—(Rouen, 18 nov. 1847, S. 48. 2. 83, P. 48. 1. 307, D. P. 48. 2. 50. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 185.)

318. De même on ne devrait pas admettre comme une fin de non-recevoir suffisante la réconciliation devant le président du tribunal, si elle n'était qu'apparénte et n'était point suivie de faits prouvant sa réalité et sa sincérité. — (Grenoble, 21 janv. 1864, D. P. 66. 5. 425 — V. *suprà*, n. 267 et suiv.)

319. Il a été jugé qu'on ne saurait opposer comme fin de non-recevoir, tirée de la réconciliation, la déclaration qu'aurait faite la femme demanderesse portant qu'elle n'a reçu aucun mauvais traitement de la part de son mari, et qu'elle a été soignée par lui dans une maladie qu'elle a faite, si cette déclaration, souscrite à une époque où la demanderesse était encore au domicile conjugal, sous la puissance et sous l'autorité directe de son mari, s'explique surtout par le désir d'atténuer une poursuite criminelle sous le coup de laquelle se trouvait le mari, alors que, depuis, sa conduite exclut complètement toute idée de reprise de la vie commune. — (Bruxelles, 3 mai 1847, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 270, *Belgique judiciaire*, 52. 832.)

320. On ne saurait considérer comme éteignant l'action en divorce une simple tentative de réconciliation à laquelle se sont prêtés les époux, sous la condition que cette réconciliation deviendrait définitive dans le cas seulement où l'époux éventuellement défendeur reviendrait sincèrement et d'une façon continue aux habitudes de la vie conjugale.

Cela a été jugé dans un cas où il était spécialement stipulé que la tentative en question ne pourrait en rien restreindre ou anéantir les droits du demandeur éventuel à l'action en divorce. — (Trib. Bruxelles, 2 déc. 1865, *Belgique judiciaire*, 66. 678.) — Il est bien évident que la cohabitation survenue dans ces conditions n'ajouterait aucune force à la fin de non-recevoir. — (V. *suprà*, p. 147.)

2° Réconciliation en cas de condamnation pénale.

321. La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation peut être opposée, quelles que soient les causes de divorce invoqués par le demandeur, sans en excepter le cas de l'article 232 du Code civil.

A ce dernier point de vue un arrêt contre la solution duquel la doctrine s'est prononcée en grande majorité décide que la fin de non-recevoir résultant de la réconciliation ne peut jamais être admise au cas où la demande en séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. — (Rouen, 8 févr. 1841, S. 41. 2. 243, P. 41. 1. 646, D. P, 42. 2. 192. — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 193.)

322. Voici la doctrine de cet arrêt; elle repose sur deux arguments principaux.

D'abord un argument de principe.

L'offensé dans le cas de l'article 232, ce n'est point l'époux, c'est la société ; donc l'époux ne peut intervenir pour pardonner. Le législateur, en inscrivant dans nos lois le divorce ou la séparation de corps pour cause de condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et in-

famante, n'a voulu que protéger le conjoint du condamné contre la souillure qui pouvait rejaillir sur lui de cette condamnation ; mais la société qui condamne a seule dans ce cas le droit de grâce.

323. Ensuite cette doctrine invoque les textes.

Les termes de l'article 272, notamment le mot « réconciliation », qui prouvent qu'il s'agit dans ce texte des torts pardonnés et non d'une condamnation à une peine infamante.

324. D'un autre côté, l'article 261 dit expressément que l'époux du condamné à une peine afflictive et infamante n'aura d'autres formalités à remplir que la production d'une expédition de l'arrêt de condamnation et le certificat qui constate que cette décision judiciaire ne peut plus être réformée.

Il y a dans ce texte une indication précise, les seules formalités à observer y sont déterminées; quand le demandeur les aura remplies, il ne pourra plus encourir aucune fin de non-recevoir. — L'article 261 exclut d'ailleurs toute instruction contradictoire, les deux formalités qu'il exige sont limitativement désignées, le défendeur est par cela même exclu du débat.

325. Cette théorie est spécieuse, mais nous ne l'acceptons point.

D'abord l'argument de principe sur lequel s'appuie l'arrêt de Rouen du 8 février 1841 (V. *suprà*, n. 322) repose sur une confusion. De ce que la société est offensée par le fait même qui a motivé la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, ce que nous ne nions en aucune façon, on ne saurait conclure qu'il n'en résulte aucune offense pour le conjoint qui a uni sa vie à celle du coupable que la loi vient de punir. Le Code pénal seul pouvait réprimer l'outrage fait à la Société, mais le législateur s'est chargé dans le Code civil de réprimer

l'offense faite à l'époux et d'en prévenir les conséquences en lui permettant de demander le divorce.

Nous ne sommes pas ici sur le terrain du droit pénal, mais sur celui du droit civil. L'article 232 donne à l'époux du condamné le droit de demander le divorce, il ne lui en impose point l'obligation. Si c'est une faculté, un droit, il est libre de l'exercer ou d'y renoncer; s'il y renonce, cela équivaut de sa part à une réconciliation, rien dans la loi ne vient mettre une entrave quelconque aux sentiments de générosité ou de pitié qui peuvent germer dans le cœur de l'époux, du condamné, et comme le fait d'ailleurs remarquer M. Villequet (*du Divorce*, p. 102), rien n'est plus propre à resserrer le lien conjugal que ce sacrifice, rien par conséquent n'est plus conforme au vœu de la loi.

326. Quant à l'argument de texte invoqué par la doctrine contraire, il arrive à cette conclusion que le défendeur, dans l'hypothèse de l'article 232, est exclu par la loi de tout débat contradictoire.

Il y a dans cette conclusion, comme dans les déductions qui l'amènent, une pétition de principe. En l'adoptant, la théorie que nous combattons décide la question par la question, car ce qu'il s'agit précisément de savoir, c'est si il y a ou non un débat contradictoire, c'est si le défendeur doit ou non rester étranger à la procédure qu'on dirige contre lui.

Au premier coup d'œil, l'iniquité du système qui exclut le défendeur de l'instruction saute aux yeux.

327. Enfin, quand ce système repousse la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, sous prétexte que la réconciliation ne s'applique qu'à des torts, il joue avec les mots et dépasse le but. On pourrait, en effet, répondre que l'époux défendeur en commettant un crime de nature à le couvrir d'infamie, en engageant ainsi le nom qu'il a donné à son conjoint ou qu'il tient de lui, peut être considéré vis à-vis de ce dernier comme coupable d'une injure

grave, et que cette injure grave, le conjoint seul peut la pardonner.

Mais il y a des cas où le délit, au point de vue de la vindicte publique, est en même temps une offense directe, personnelle envers l'époux. — Nous avons vu aussi (*suprà*, n. 113 et suiv.) que de simples peines correctionnelles constituent quelquefois, suivant les circonstances, des injures graves de nature à motiver une demande en divorce ou en séparation de corps. Aux termes de l'article 231, lorsque la réconciliation est admise pour les cas prévus par cette disposition, pourquoi ne le serait-elle pas dans l'hypothèse de l'article 232 ?

328. D'ailleurs, est-ce que la loi a fait dans l'article 272 une exception pour un cas spécial de divorce? Est-ce qu'elle a exclu l'espèce d'une demande fondée sur l'article 232 ? En aucune façon. — Au contraire, les termes de l'article 272 sont extrêmement généreux. « *L'action en divorce*, dit cet article, *sera éteinte par la réconciliation des époux.* » L'action en divorce, n'importe laquelle, pas plus celle-ci que celle-là, pas plus celle fondée sur l'injure que celle fondée sur la condamnation à une peine infamante. D'ailleurs, où cet article 272 se trouve-t-il placé par le législateur ? Dans la section 3, dont le titre est ainsi conçu : « *Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée.* » — *Pour cause déterminée.* — Ces causes ne sont pas innombrables ; on peut les compter, et la condamnation à une peine afflictive et infamante en est une.

329. Nous proposons donc d'adopter l'opinion d'après laquelle le défendeur dans une action en divorce pour cause de condamnation à une peine afflictive et infamante pourra opposer la fin de non-recevoir expressément prévue par l'article 272. — (*V.* dans le sens de notre opinion, Grenoble, 17 août 1821, S. et P. chr. ; Demolombe, t. 4, n, 404 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 184, § 492 ; Duranton, t. 2, n. 572 et 573 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art.

272, n. 9; Massol, *Séparation de corps*, p. 68 ; Villequet, *du Divorce*, p. 100 et suiv.)

330. Un fait qui doit naturellement être étudié ici, parce-qu'il implique réconciliation, c'est la renonciation à l'action.

En matière de divorce, le demandeur peut renoncer à sa demande, la rénonciation est une cause d'extinction.

En conséquence, les tribunaux pourront, sans violer aucune loi, admettre le défendeur à prouver des faits pertinents de renonciation. — (Cass. belge, 23 mai 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 1. 348, *Belgique judiciaire*, 72. 761.)

Ainsi on a pu décider, sans violer aucune loi, que la transaction entre deux époux plaidant en divorce, et, par suite, le désistement pur et simple donné par l'époux demandeur, élèvent une fin de non-recevoir contre la nouvelle demande qui ne serait fondée que sur des faits antérieurs à la transaction, encore bien que cette transaction, subordonnée par l'acte à l'homologation de la justice, n'ait pu obtenir cette homologation, comme opérant une séparation de corps volontaire. — (Paris, 22 prair. an XI, S. et P. chr. —Liège, 8 août 1871, *Pasicrisie belge*, 71. 2. 453, *Belgique judiciaire*, 72. 105. — Cass. belge, 23 mai 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 1. 348, *Belgique judiciaire*, 72. 761.)

331. Une autre question se pose. Pourrait-on opposer à l'acquiescement à un jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce le principe qui prohibe le consentement mutuel dans l'un comme dans l'autre cas? La jurisprudence admet que l'acquiescement à un jugement de séparation de corps est valable et élève une fin de non-recevoir contre l'appel ; ici ne s'applique pas la disposition finale de l'article 307, prohibant toute séparation de corps volontaire. — (Cass., 21 août 1838, S. 38. 1. 688, P. 38. 2. 134, D. P. 38. 1. 363. — Bruxelles, 29 janv. 1806, S. et P. chr. — Aix, 14 déc. 1837, S. 38. 2. 290, P. 40. 2. 434, D. P. 38. 2. 40 ; 21 août 1838, S. 38.

1. 688, P. 38. 2. 134, D. P. 38. 1. 363. — Pau, 7 janv. 1851, S. 51. 2. 36, P. 51. 1. 20. — Nancy, 22 juill. 1876, S. 78. 2. 103, P. 78. 254. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 192, § 493, note 15, p. 192 ; Laurent, t. 3, n. 248 ; Bioche, v° *Acquiescement*, n. 16 et 17 ; Le Senne, n. 201. — *Contrà*, Colmar, 8 août 1833, S. 34. 2. 229. P. chr. — Douai, 31 juill. 1847, S. 48. 2. 39, P. 47. 2. 376. — Caen, 28 mars 1849, S. 50. 2. 503, P. 50. 2. 583, D P. 53. 5. 417. —Merlin, *Quest.*, v° *Acquiescement*. § 19, n. 1 et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. 2, n. 698 ; Duranton, t. 2, n. 608; Demolombe, t. 4, n. 448 et suiv., et *Rev. crit.*, t. 1, p. 132.)

Toute cette jurisprudence est applicable au divorce par identité de motifs.

332. Mais la convention par laquelle deux époux s'engagent à vivre séparés et renoncent mutuellement au droit de demander la séparation judiciaire ou le divorce n'est point obligatoire, et ne met pas obstacle à ce que cette séparation soit plus tard demandée, alors même que la partie relative à la séparation de fait aurait été exécutée. — (Cass., 8 déc. 1831, S. 32. 1. 192, P. chr., D. P. 32. 1. 20. — Caen, 11 avr. 1818, S. et P. chr. — Turin, 21 juin 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 935.)

3° Faits nouveaux.

333. Nous avons toujours, jusqu'à présent, mis sur la même ligne la réconciliation et le pardon intervenant de la part de l'époux offensé ; l'un ne va pas sans l'autre.

Mais le pardon que l'époux outragé peut accorder à son conjoint est soumis à une condition résolutoire qui est l'amendement de l'époux offensé; que cette condition soit expresse ou tacite, elle n'en existe pas moins, elle est *sine quâ non*. On peut la considérer comme l'élément essentiel de la réconciliation.

Il est, en effet, très difficile de concevoir un époux qui pardonnerait à son conjoint l'adultère commis par ce dernier, l'outrage ou les sévices qu'il a endurés

sans avoir au moins l'assurance morale que les choses reprendront leur cours normal, que le conjoint rentrera dans la voie du devoir et de l'affection.

On répugne à admettre que, dans l'esprit du conjoint demandeur en divorce ou en séparation, la réconciliation et le pardon puissent n'être qu'une sanction, une approbation de l'inconduite de l'autre époux, une promesse qu'il endurera, lui, le demandeur éventuel, sans se plaindre désormais des excès, des sévices, des mauvais traitements qu'il conviendra à son épouse de lui infliger. Une pareille thèse serait inadmissible, elle ne peut pas même être soulevée.

Le pardon est donc toujours fait sous condition résolutoire; la réconciliation est pour ainsi dire un contrat bilatéral, et lorsque l'époux défendeur a violé ce contrat en se livrant à de nouveaux faits d'injure, de violence ou d'adultère dont la victime est son conjoint, ce dernier peut demander par une nouvelle action la séparation de corps ou le divorce.

Telle est la situation que l'article 273 a eu en vue. — (V. *suprà*, p. 268.)

334. L'article 273 permet au demandeur contre qui a été admise une fin de non-recevoir de s'appuyer sur les faits anciens lorsqu'il formule une nouvelle demande basée sur des faits nouveaux.

Dans quels cas les faits nouvellement invoqués par le demandeur, une première fois renvoyé des fins de sa demande, pourront-ils faire revivre les faits anciens?

Cette question est très complexe; elle doit nécessairement se diviser, car elle suppose résolues les questions suivantes:

335. Pour qu'une nouvelle demande en divorce ou en séparation de corps puisse faire revivre des faits déjà marqués dans une première demande, il faut connaitre:

1° Quels doivent être le caractère et la nature de ces faits nouveaux;

2° Quelle doit en être la gravité ;

3° Quelle doit être la gravité des faits anciens ;

4° A quelle époque doivent s'être produits les faits anciens ;

5° A quelle époque doivent s'être produits les faits nouveaux.

1re Question.

336. Quelle doit être la nature des faits nouveaux ? Cela revient à demander si les faits nouveaux, pour faire revivre les faits anciens qu'une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation a fait rejeter, doivent être de la même nature que ces derniers.

Il semblerait au premier abord que l'affirmative dût être adoptée, puisqu'il est question ici d'une sorte de résurrection d'anciennes causes oubliées, que ces anciennes causes doivent pouvoir faire corps avec les nouvelles, se confondre en quelque sorte avec elles ; qu'il n'y ait plus à proprement parler de faits nouveaux, mais la continuation, la prolongation des faits anciens. C'est cette prolongation d'un état de choses, que la réconciliation devrait faire cesser, qui constitue surtout la violation du pacte dont nous parlions au numéro précédent (*suprà*, n. 233).

337. Cette doctrine nous parait cependant bien sévère ; la rechute de l'époux défendeur peut se produire de bien des manières, revêtir des formes très différentes. Par exemple, la femme adultère à qui son mari a pardonné, qui n'a demandé grâce que pour éviter le scandale d'une action publique ou peut-être un danger pour la vie de son amant, pourra, tout en tenant des promesses de fidélité ultérieure qu'elle aura faites moyenant le pardon, ressentir un dépit profond de l'humiliation résultant pour elle du pardon lui-même. Et Dieu sait quelles formes pourra revêtir la manifestation de ce dépit ! Nous croyons qu'en pareil cas le demandeur ne doit pas être victime de sa propre clémence, et que si des faits nouveaux,

quels qu'ils soient, quand même ils seraient absolument étrangers par leur nature et leur portée à ceux qui avaient antérieurement motivé de sa part une demande en divorce ou en séparation de corps, il pourra dans une action nouvelle faire revivre tous ses anciens griefs.

338. Cette opinion a d'ailleurs été unanimement adoptée par la jurisprudence et les auteurs. Nous répondrons donc à notre première question : quels doivent être la nature et le caractère des faits nouveaux ?

L'époux demandeur peut invoquer, à l'appui de sa demande, des faits anciens éteints par réconciliation, bien qu'ils ne soient pas de la même nature que les faits nouveaux qui les ont fait revivre. — Spécialement, des sévices postérieurs à la réconciliation permettent d'invoquer des injures antérieures. — (Cass., 26 mai 1807, S. et P. chr. ; 6 juin 1853, S. 53. 1. 708, P. 55. 1. 79. — Toulouse, 30 janv. 1821, S. et P. chr., D. A. 11. 889, D. *Rep.*, v° *Jugement*, n. 977, — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 566 ; Massol, p. 70 ; Demolombe, t. 4, n. 423 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, § 139, note 8 ; Vazeille, t. 2, n. 577 ; Laurent, t. 3, n. 212 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 186, § 492.

Il suffit d'ailleurs que les faits nouveaux et anciens soient, par leur nature, constitutifs de causes de séparation de corps. — (Nîmes, 14 mars 1842, P. 42. 1. 750.)

339. Citons encore un exemple : un mari subit une condamnation infamante, sa femme lui a pardonné, il y a eu réconciliation.

Il est évident pour tout le monde que cette réconciliation, dans un cas aussi grave, n'entraîne pas seulement la promesse de ne plus recommencer ; mais elle suppose de la part du mari envers sa femme l'obligation d'une reconnaissance sans restriction possible, et dont le premier résultat doit être l'accomplissement ponctuel des devoirs et des obligations qui résultent du mariage.

Supposons que le mari manque à ses devoirs, qu'il récompense la bienveillance de sa femme par l'incon-

duite notoire, l'adultère, les sévices mêmes ; tout est possible.

N'y aurait-il pas dans ce cas iniquité à dire que la femme ne pourra demander la séparation de corps ou le divorce en invoquant le fait ancien d'une condamnation, parce que les faits nouveaux qui détermineront sa demande ne seront pas de même nature, alors qu'elle n'avait pardonné que sur l'engagement exprès ou tacite de la part de son mari d'avoir désormais au moins envers elle une conduite en tout point irréprochable ?

Il paraît évident que tel n'a pas dû être l'intention du législateur dans l'article 273.—(*V.*, toutefois, Villequet, p. 100.)

340. Ainsi, il n'est pas nécessaire que les faits nouveaux soient de la même nature que les faits anciens pour les faire revivre.

A ce propos, nous avons cité, en passant, un arrêt d'après lequel il suffit que les faits nouveaux soient assez graves par eux-mêmes pour constituer une cause de séparation de corps ou de divorce ; nous allons voir que cette deuxième condition elle-même n'est pas indispensable.

2e Question.

341. Notre seconde question est celle de savoir quel degré de gravité les faits nouveaux doivent eux-mêmes atteindre pour faire revivre les faits anciens, qu'une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation a fait rejeter une première fois.

Les raisons qui pourraient faire décider que la gravité de ces faits devrait être égale à celle des faits anciens sont les mêmes que celles que nous avons exposées et combattues dans l'examen de la première question (*V.* au numéro précédent), et qui tendaient à établir que la nature des faits nouveaux devait être identique à celle des faits anciens. Nous avons démontré suffisamment

l'illogisme et l'iniquité de cette prétention, qui ne fait porter l'engagement de l'époux coupable que sur un fait ou une catégorie de faits excessivement restreinte. Nous ne recommencerons pas la démonstration, les raisons de décider sont ici les mêmes.

342. Il y en a une de plus : l'utilité de l'article 273 lui-même.

Dans l'hypothèse que nous avons examinée aux numéros 238 et suiv., la doctrine contraire rendait déjà l'article 273 d'une application très rare et très difficile, en en restreignant arbitrairement le sens et la portée.

Dans l'hypothèse actuelle, l'application de ce texte ne serait plus seulement rare : elle serait impossible, car la disposition qu'il contient deviendrait inutile.

On conçoit, en effet, que du moment où les faits nouveaux devraient être par eux-mêmes suffisants pour motiver une demande en séparation de corps ou en divorce, l'article 273 devient sans objet. Il est absolument inutile de faire revivre des causes de séparation de corps dont on peut se passer.

343. Aussi, sommes-nous d'accord avec la jurisprudence et la doctrine, qui décident que les faits nouveaux pourront faire revivre les anciens, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient eux-mêmes le degré de gravité suffisant pour entraîner seuls l'admission d'une action en divorce ou en séparation de corps.

L'article 273 n'exige pas que les faits postérieurs à la réconciliation soient tellement graves qu'ils suffisent à eux seuls, et indépendamment des faits antérieurs, pour motiver le divorce. — (Cass., 2 mars 1808, S. et P. chr.; 7 mars 1838, P. 38. 1. 350; 13 mars 1860, S. 61. 1. 74, P. 61. 603. — Trèves, 28 mai 1813, S. et P. chr., D. A. 11. 932, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 217. — Rennes, 1er avr. 1814, S. et P. chr. — Bruxelles, 27 févr. 1833, *Pasicrisie*, 33. 75. — Cass. belge, 3 août 1871, *Belgique judiciaire*, 71. 1217.) — Il y a lieu cependant d'examiner si

les torts sont de la nature de ceux que la loi qualifie causes de divorce, et quel est leur degré de gravité. — (Cass., 3 août 1871, *Belgique judiciaire*, 71. 1217. — *Sic*, Paringault, *Rev. prat.*, t. 9, 1860, p. 193; Duranton, t. 2, n. 566; Vazeille, t. 2, 577; Massol, p. 71; Demolombe, t. 4, n. 423; Aubry et Rau, t. 5, p. 186, § 492, note 16; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 273, n. 10; Laurent, t. 3, n. 212; P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 83; Baudry-Lacantinerie, t 1, n. 649; Lacointa, note sous Cass., 18 janv. 1881, S. 81. 1. 209, P. 81. 1. 508.)

344. Est-ce à dire que le demandeur pourra, à la première infraction de son conjoint, si légère qu'elle soit, une imprudence, une vétille, engager un nouveau procès en séparation de corps ou en divorce? Non, évidemment; il y a là une question de mesure dont les tribunaux seront maîtres absolus; eux seuls sont à même, d'après les circonstances de la cause, d'apprécier l'étendue de la faute qu'aura commise l'époux défendeur en manquant à sa promesse, et aux engagements exprès ou tacites survenus lors de la réconciliation.

345. Nous concluerons donc ici encore avec la jurisprudence que les torts de l'époux demandeur en divorce qui surviennent postérieurement à la réconciliation doivent pour le faire revivre avoir une gravité suffisante à cet effet. — (Bruxelles, 24 avr. 1871, *Belgique judiciaire*, 71. 801. — Cass., 18 janv. 1881, S. 81. 1. 209, P. 81. 1. 508, et la note de M. Lacointa — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 240; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*) — L'appréciation de la gravité des faits nouveaux par les juges du fond échappe également à la censure de la Cour de cassation. — (Cass., 2 mars 1808, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 217.—*Sic*, Le Senne, n. 225.) — Et l'arrêt qui décide que les faits postérieurs à la réconciliation doivent être de nature à prouver qu'il y a eu continuation d'outrages et de mauvais traitements, tels que l'habitation commune n'est plus possible et qu'il n'y a plus d'espoir de

rapprochement entre les deux époux, ne peut donc être considéré comme posant en principe que ces fait postérieurs doivent être suffisants pour motiver à eux seuls une demande en séparation de corps ou en divorce. — (Cass., 7 mars 1838, précité. — *Sic*, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, p. 352.)

346. En tous cas, de ce que les faits nouveaux auraient un caractère de gravité suffisant pour entraîner la séparation de corps ou le divorce, il ne résulterait point que le juge dût s'abstenir d'examiner les faits antérieurs à la réconciliation. — (Bruxelles, 10 déc. 1851, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 249, *Belgique judiciaire*, 52. 1460.)

En effet, l'époux demandeur, au moment où il introduit l'instance, ne peut jamais répondre d'une façon absolue, si confiant qu'il soit d'ailleurs dans sa cause de l'issue du procès. Dans toute action en justice, il faut compter l'*alea*, il pourra donc quelquefois les étayer des faits anciens pour en assurer le succès, et on ne comprendrait guère comment, en présence de l'article 273, le juge pourrait, par cela seul qu'il déclare certains faits pertinents, écarter de prime abord une certaine catégorie de faits, alors qu'il ne peut point savoir encore si les faits qu'il admet seront suffisamment prouvés. Ce serait là priver arbitrairement le demandeur d'une partie de ses moyens.

3e Question.

347. Nous sommes arrivé à notre troisième question. Quelle doit être la gravité des faits anciens pour que les faits nouveaux invoqués par le demandeur puissent les faire revivre ?

Cette question est proche parente de la précédente ; on peut même dire qu'elle n'en est que la contre-partie.

Ainsi, pour les raisons que nous avons déjà fait valoir, adopterons-nous une solution identique, c'est-à-dire que, suivant nous, des faits articulés à l'appui d'une première demande et qui auraient été écartés comme inadmissibles, sans

gravité ou non prouvés, peuvent être reproduits dans une seconde instance fondée sur des faits postérieurs au rejet de la première. — (Cass., 28 juin 1815, S. et P. chr.; 13 mars 1860, S. 61. 1. 74, P. 61. 603. — Paris, 28 janv. 1822, S. et P. chr. — *Sic*, Vazeille, t. 2, n. 580 ; Demolombe, t. 4, n. 425; Duranton, t. 2, n. 568; Aubry et Rau, t. 5, p. 187, § 492; Laurent, t. 3, n. 212; Paringault, *Rev., prat.*, 1860, t. 9, p. 193; Le Senne, n. 323.)

Plus spécialement, les faits déjà déclarés non pertinents et inadmissibles sur une première demande en séparation de corps peuvent ultérieurement, quand ils se rattachent à de nouveaux faits, être déclarés pertinents et admissibles. — (Cass., 28 juin 1815, S. et P. chr.)

348. Au point de vue de la manière dont le juge pourra procéder quant à l'examen des faits, il résultera de ce qui précède que lorsqu'après une réconciliation une nouvelle demande en divorce ou en séparation de corps est intentée, le juge ne doit pas d'abord examiner les faits nouveaux, il peut commencer par les anciens. — (Bruxelles, 9 août 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 1121, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 172.)

4e Question.

349. Nous devons examiner en quatrième lieu à quelle époque les faits anciens doivent s'être produits pour pouvoir être ravivés par les faits nouveaux. Ici encore, la règle que nous appliquerons sera la même : celle de l'appréciation souveraine du juge dans son acception la plus large; c'est ainsi d'ailleurs que la jurisprudence l'entend, si l'on en juge par les décisions suivantes qui décident que l'article 273 doit être appliqué même au cas où les faits anciens auraient été suivis de réconciliation avant toute demande en séparation. — (Cass., 8 juill. 1813, S. et P. chr., D. A. 11. 961, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 247. — *Sic*, Vazeille, t. 2. n. 581 ; Zachariæ, t. 3, p. 362; De-

molombe, t. 4, n. 422 ; Aubry et Rau, t. 5. p. 186, § 492 : Laurent, t. 3, n. 212.)

350. Le conjoint débouté d'une demande en séparation de corps (ou en divorce) est recevable à intenter une nouvelle action uniquement fondée sur des faits antérieurs au précédent procès et non articulés dans ce procès, alors du moins que l'un de ces faits n'a été connu du conjoint qu'après le rejet de sa première demande. La cause nouvellement révélée est à considérer comme nouvellement survenue dans les termes de l'article 273, et elle fait revivre tous les griefs anciens, articulés ou non dans la précédente instance. —(C. civ., 306 et suiv., 1351. — Paris, 1er août 1874, S. 74. 2. 365, P. 74. 1138 ; 3 févr. 1875, S. 75. 1. 393, P. 75. 1035, et la note de M. Labbé. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 425 ; Le Senne, n. 323.)

En ce cas, la réconciliation des époux n'empêche donc pas la demande en séparation de corps (ou en divorce) pour causes antérieures, s'il n'est prouvé que l'époux offensé avait connaissance de ces causes au moment de la réconciliation. — (C. civ., 306. — Cass., 4 déc. 1876, S. 77. 1. 110, P. 77. 263. — Besançon, 20 févr. 1860, S. 60. 2. 229, P. 60. 436. — *Sic*, Demolombe, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, t. 3, n. 209. — V. *suprà*, art. 272, n. 6.)

351. Et lorsqu'après un jugement qui rejette une demande en séparation de corps, il survient de nouvelles causes, on peut invoquer à l'appui d'une demande nouvelle, outre les faits nouveaux, tous les faits antérieurs à la première demande qui avaient été rejetés comme n'étant pas assez graves à raison de leur isolement. — (Paris, 28 janv. 1822, S. et P. chr.)

5e Question.

352. Enfin, nous avons en dernier lieu à nous demander à quelle époque les faits nouveaux doivent s'être produits. La réponse est faite, ils devront s'être produits à n'importe

partisans de la compensation des torts invoquaient autrefois à l'appui de leur thèse l'article 336 du Code pénal, qui dispose que le mari ne peut dénoncer l'adultère de sa femme quand il est convaincu d'avoir tenu sa concubine dans la maison commune. — L'analogie qu'on a toujours pu combattre avec succès entre la situation visée par ce texte et celle prévue par l'ancien texte de l'article 230 du Code civil (*V.* Dutruc, note dans le Sirey, 60. 2. 450) n'existe plus sous l'empire du nouvel article 230.

357. Au surplus, l'article 336 du Code pénal, déclarant le mari non recevable à dénoncer l'adultère de sa femme, s'il a tenu sa concubine dans la maison commune, et dans ce cas affranchissant la femme de toute pénalité, n'est pas applicable au cas où la juridiction civile est saisie d'une demande en séparation fondée sur l'adultère de la femme. L'article 308 impose dans ce cas aux juges l'obligation de prononcer la peine qu'il édicte, non sur la plainte du mari, et pour lui donner satisfaction, mais dans un intérêt de haute moralité, pour l'honneur et la dignité du mariage ; l'indignité du mari ne saurait donc paralyser aux mains du ministère public l'exercice de l'action que la loi lui accorde. — (Paris, 25 avr. 1879, *France judiciaire*, 78-79. 2. 703.)

358. Nous ne croyons pas, quant à nous, que la compensation des torts puisse être invoquée par le défendeur en matière de divorce ou de séparation de corps. L'un et l'autre ont, à des degrés différents, pour but et pour premier résultat de faire cesser, aussi bien dans l'intérêt public que dans l'intérêt privé des époux, une existence commune devenue pour ceux-ci insupportable, et pour la société un affligeant scandale, et la réciprocité des torts entre le mari et la femme ne fait qu'ajouter à l'urgence de la séparation ou du divorce. On conçoit qu'il y aurait une certaine contradiction à ne pas dissoudre le mariage ou du moins à en suspendre les effets, alors que s'il n'y a faute que de la part du défendeur, le divorce ou la sépa-

ration sont prononcés sans difficulté. Quant à l'article 272, qui ne statue point sur la question, il ne peut être invoqué ici ni par l'une ni par l'autre des deux opinions en présence.

359. La fin de non-recevoir tirée de la compensation entre les griefs réciproques ferait au surplus double emploi avec la demande reconventionnelle qu'on peut toujours intenter en réponse à l'action principale. Mais le tribunal peut, dans l'appréciation qu'il fait de la conduite du défendeur, tenir compte des provocations qu'il a pu rencontrer dans la manière d'être de son conjoint à son égard, sans toutefois que cette appréciation dont on ne peut jamais faire résulter qu'une simple atténuation des griefs puisse trouver place lorsque les torts du défendeur proviennent de son caractère et de ses habitudes, et non de la provocation du demandeur. — Si, dans cette hypothèse, il est reconnu néanmoins que la provocation a réellement existé et qu'elle repose sur des éléments d'une gravité suffisante en eux-mêmes pour motiver une action, le défendeur a toujours la ressource d'intenter une demande reconventionnelle. — (*Infrà*, Paris, 9 juin, 1860, S. 60. 2. 449, et la note. — Bordeaux, 3 mai 1877, *France judiciaire*. 77-78. 2. 55.)

360. D'ailleurs, si nous nous reportons aux discussions préparatoires qui eurent lieu au moment de la confection du Code civil, il semble q'aucun doute ne puisse s'élever sur la question. La Cour d'appel d'Agen avait demandé formellement que la compensation des torts fût érigée en fin de non-recevoir écrite dans la loi. « Lorsque, disait cette Cour dans ses observations, deux époux ont à se reprocher des torts également graves, il est juste qu'ils se taisent tous les deux. »

A l'appui de sa doctrine, la Cour d'Agen invoquait la législation romaine que nous avons déjà citée; mais, comme le fait avec raison observer M. Villequet (p. 108), il y avait

une erreur manifeste dans l'application de cette loi romaine.

Le droit romain infligeait une peine pécuniaire à l'époux contre lequel le divorce était prononcé. Le mari coupable devait immédiatement restituer et la dot et les fruits; si le divorce était admis contre la femme, le mari avait le droit de retenir une part de la dot proportionnelle au tort que lui causait sa femme. — (Ulpien, t. 6, § 13.) — La loi romaine 39 (D. 24. 3) avait uniquement trait à cette restitution de la dot. En cas de torts réciproques, elle opérait compensation en ne portant de peine contre aucun des époux, mais ne déclarait pas dans ce cas le divorce non recevable; elle réglait, au contraire, les effets du divorce quant aux biens. D'ailleurs la loi 39 (D. 24. 3) n'est pas au titre de *divortiis et repudiis* (D. 24. 2.), mais au titre : *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*. Elle n'avait donc aucune relation avec notre matière.

361. Les torts de l'époux demandeur en séparation de corps n'élèvent donc aucune fin de non-recevoir contre sa demande : les juges peuvent seulement admettre ou rejeter cette demande par une appréciation souveraine des griefs respectifs des époux. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'ils prononcent la séparation, tout en admettant l'existence des torts de l'époux demandeur. —(Cass., 9 mai 1821, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 70; 10 juin 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 898, D., *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 32; 14 août 1855, S. 56. 1. 814, D. 57. 189, D. P. 56. 1. 257; 30 mars 1859, S. 59. 1. 661, P. 59. 1115, D. P. 59. 1. 466; 18 janv. 1881, S. 81. 1. 188, P. 81. 1. 508. — Poitiers, 10 vent. an XI, S. et P. chr., D. A. 11. 931. — Bruxelles, 27 flor. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 897, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 254. — Orléans, 16 août 1820, S. 21. 2. 134. — Rennes, 28 déc. 1525, S. et P. chr. — Bruxelles, 14 mars 1854, *Pasicrisie belge*, 55. 2. 353. — Trib. Bruxelles, 14 déc. 1567, *Belgique judiciaire*, 69. 229. — Bruxelles, 16 nov. 1868, *Belgique judiciaire*, 1869, 281. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 415

et suiv.; Taulier, t. 1, p. 362; Valette, *Explic. somm.*, p. 140, n. 4; Boileux, t. 2, p. 25; Aubry et Rau, t. 5, p. 188, § 493; Massé et Vergé, t. 1, p. 253, § 139; Demante, t. 2, p. 9; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art 272, n. 39. — *V.* aussi Dutruc, note sous Cass., 9 juin 1860, S. 60. 2. 119. – *Contrà*, Cass., 7 niv. an VII, S. et P. chr., D. A. 11. 931, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 465; 16 prair. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 93. — Turin, 23 mess. an XII, S. et P. chr. — Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 890, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 195. — Paris, 6 avr. 1811, S. et P. chr., D. A. 11. 932. — Angers, 3 juin 1813, S. et P. chr. — Toulouse, 9 janv. 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 897, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 255. — Domat, *Suppl.*, t. 2, liv. 3, t. 10; Coquille, *Instit. au droit franç.*, tit. *du Douaire;* Fournel, *de l'Adultère*, p. 167; Toullier, t. 2, n. 764; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 4, § 2, art. 2, n. 6; Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect, 4, § 12, et *Quest.*, v° *Adultère*, § 8, n. 2; Vazeille, t. 2, 436; Zachariæ, t. 3, § 492, note 21; Chardon, *Dol et fraude*, t. 2, n. 112, et *Puissance maritale*, n. 49 et 55; Marcadé, sur l'art. 307, n. 4; Allemand, t. 2, n. 1361; Valette sur sur Proudhon, t. 1, p. 532, note *a*, n. 4.)

362. Ainsi, le mari, bien que lui-même convaincu d'adultère, n'est pas par cela seul non recevable à demander la séparation de corps contre la femme pour adultère de celle-ci. — (Rennes, 28 déc. 1825, S. et P. chr. — Paris, 9 juin 1860, S. 60. 2. 449, P. 61. 394.)

... Et inversement, l'adultère dont la femme se serait rendue coupable n'élève point une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps formée par elle pour cause d'adultère du mari. — (Cass., 9 mai 1821, S. et P. chr., D. A. 11. 893. — Orléans, 16 août 1820, S. et P. chr. — Paris, 9 juin 1860, S. 60, 2. 449, P. 61. 394. — Trib. Bruxelles, 9 juill. 1864, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 64-65. 577; 4 déc. 1572, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 5.)

363. Il a été décidé spécialement, à cet égard, que le

mari défendeur en divorce n'est pas en droit d'exciper d'un jugement du tribunal correctionnel qui condamne par défaut sa femme du chef d'adultère, alors que ce jugement est frappé d'opposition, et qu'il ne peut davantage demander au tribunal de surseoir jusqu'à la décision définitive du tribunal correctionnel. La condamnation de la femme pour adultère n'est pas opposable comme fin de non-recevoir, et du reste, si l'inconduite de la femme peut, jusqu'à un certain point, excuser les excès du mari, c'est seulement quand ils ont eu lieu à raison ou à l'occasion de l'inconduite. — (Bruxelles, 8 juin 1859, *Belgique judiciaire*, 50. 829, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 328. — Cass., 10 juin 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 898, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 87. — Bruxelles, 27 flor. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 897.)

364. Il n'en serait donc autrement que dans le cas où les actes reprochés au mari auraient été directement provoqués par l'inconduite de la femme demanderesse. — (Trib. Bruxelles, 4 déc. 1875, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 5.)

365. Mais il est bien entendu qu'il n'en est plus ainsi et qu'aucune fin de non-recevoir ne pourrait être opposée dans le cas où la conduite de la femme, bien qu'ayant provoqué les injures et sévices du mari, présenterait seulement un caractère d'imprudence, exclusif même de toute légèreté coupable. — (Douai, 4 févr. 1851, P. 53. 1. 358, D. P. 53. 2. 152.)

366. En tous cas, les juges devront toujours se demander si les faits que l'on oppose comme fin de non-recevoir, résultant de la provocation de l'époux demandeur, se sont produits à une date antérieure et suffisamment rapprochée des faits allégués comme cause de séparation ou de divorce, pour que la provocation soit admissible. Ainsi le mari contre lequel la séparation de corps est demandée pour cause d'excès, sévices ou injures graves, ne peut opposer l'inconduite de sa femme comme

fin de non-recevoir, pour en atténuer la gravité, qu'autant que cette inconduite coïncide avec les outrages et sévices qui lui sont imputés. — (Rouen, 27 juin 1844, P. 44, 2. 290, D. P. 44. 2. 149.)

367. Si, dans certains cas que nous avons étudiés précédemment, il a été jugé que la condamnation pour adultère de la femme ne peut élever contre elle une fin de non-recevoir sur sa demande en divorce ou en séparation de corps, à plus forte raison devra-t-on décider que l'instance en séparation de corps, introduite par la femme pour excès et sévices, n'est pas suspendue par une plainte en adultère portée par le mari contre sa femme, lorsque la plainte n'a été formée qu'après le jugement sur le divorce ou la séparation, et seulement pendant l'instance d'appel. — (Bordeaux, 3 janv. 1826, S. et P. chr., D. P. 26. 2. 158.)

368. Nous avons déjà vu (*suprà*, n. 59) en nous occupant des causes de divorce, et nous venons d'avoir l'occasion de rappeler dans la discussion de la question de savoir si la réciprocité des torts élève une fin de non-recevoir contre la demande en divorce et en séparation de corps, que si la compensation ne doit pas être admise en cette dernière qualité, elle peut être cependant de nature à atténuer considérablement les causes produites par le demandeur; le moment est venu d'examiner cette question dans ses diverses applications.

369. Le droit d'appréciation des tribunaux à cet égard est très étendu, et s'ils doivent repousser comme inopérante en principe la fin de non-recevoir tirée de la compensation des torts, ils peuvent, la cause étant continuée après le rejet de l'exception, déclarer, par appréciation des griefs respectifs des époux, la demande mal fondée, sans que cette décision tombe sous la censure de la Cour de cassation. — (Cass., 9 mai 1821, S. et P. chr., 4 déc. 1855, S. 56. 1. 814., P. 57. 189. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Di-*

vorce, sect. 4, § 12, et *Quest.*, v° *Adultère*, § 8, n. 2; Toullier, t. 2, n. 764; Favard, *Rép.*, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 2, art. 2, n. 6; Vazeille, t. 2, n. 536; Chardon, *Dol et fraude*, t. 2, n. 112, et *Puiss. marit.*, n. 49 et 55; Zachariæ, t. 3, § 492, note 21; Marcadé, sur l'art. 307, n. 4; Demolombe, t. 4, n. 415; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 139, note 12.)

370. Par exemple, lorsque les excès, sévices et injures graves ont été provoqués par les emportements de l'époux demandeur, les juges peuvent voir dans cette circonstance une atténuation aux griefs de cet époux, et, par suite, rejeter sa demande comme mal fondée. — (Cass., 14 prair. an XIII, S. et P. chr.; 30 mars 1859, S. 59. 1. 661, P. 59, 1215, D. P. 59. 1. 466. — Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr. — Rennes, 1er juin 1823, S. et P. chr. — Douai, 19 nov. 1846, S. 48. 2. 521, P. 48. 2. 490. — Montpellier, 7 juin 1853, S. 55. 2. 574, P. 55. 295, D. P. 53. 2. 203.)

Ainsi les injures, sévices ou excès que le mari s'est permis envers la femme, peuvent être réputés insuffisants pour motiver la séparation de corps, lorsque celle-ci les a provoqués par des injures grossières et une conduite repréhensible. — (Bordeaux, 24 mai 1845, P. 45. 2. 274, D. P. 45. 4. 474. — Caen, 2 août 1454, D. P. 55 5. 408.). — ...spécialement par l'inconvenance de certaines de ses démarches.— (Orléans, 11 avr. 1832, P. chr.— *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 36.)

371. Il en serait *à fortiori* de même si ces excès avaient été provoqués par l'inconduite du demandeur. — (Toulouse, 9 janv. 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 897, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 255. — Bordeaux, 10 mars 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 199. — Nîmes, 15 mars 1841, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 253. — Rennes, 23 févr. 1849, P. 49. 2. 86. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 191.)

372. Lorsque le demandeur est lui-même la cause ou

le promoteur, plus ou moins direct, des faits qu'il reproche à sa femme, il est évident que la défenderesse pourra rétorquer contre lui par une fin de non-recevoir les faits dont il se fait un grief.

Ainsi les juges peuvent, en vertu de leur pouvoir d'appréciation souveraine, déclarer non recevable la demande en divorce ou en séparation de corps, quand le demandeur s'est lui-même prêté aux faits sur lesquels elle repose ; par exemple, si le mari a facilité la prostitution de sa femme. — (Paris, 6 avr. 1811, S. et P. chr. — Vazeille, t. 2 n. 584 ; Demolombe, t. 4, n. 415 ; Zachariæ, § 477, texte et note 9 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 187, § 492. — V. *suprà*, art. 329, n. 8, et *infrà*, n. 42 et suiv.)

373. La réciprocité des torts peut également être prise en considération sur les points de savoir au profit de qui la séparation de corps doit être prononcée, lorsque les deux époux la demandent ; à qui les enfants doivent être confiés, et enfin par qui ou dans quelle proportion les dépens seront supportés. — (Nancy, 3 juin 1869, D. P. 69. 2. 239.)

De cette façon, la séparation de corps demandée par la femme, et reconventionnellement par le mari, peut être prononcée simultanément contre les deux époux, quand il est prouvé qu'ils ont eu des torts réciproques. — (Rennes, 26 janv. 1847, P. 47. 1. 441. — Douai, 4 févr. 1851, P. 53. 1. 358, D. P. 53. 2. 153. — *Sic*, P., *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 201.)

Et les dépens devraient en pareil cas être supportés en commun, sans que l'un des époux pût tirer du jugement aucun avantage quant aux intérêts civils. — (Rouen, 16 mars 1816, S. et. P. chr.)

5° Défaut de qualité.

374. Nous avons étudié la question de savoir quelles personnes pouvaient intenter l'action en divorce. Il est évident que si une autre personne que celles que nous

avons énumérées dans ce paragraphe comme ayant qualité pour agir intente une action, une fin de non-recevoir pourra lui être péremptoirement opposée de ce chef. — (V. *suprà*, n. 163 et suiv.)

S'il y a doute sur l'identité du demandeur, s'il est contesté qu'il ait réellement la qualité d'époux, ces questions ne peuvent être elles-mêmes résolues que par des décisions judiciaires. Ce sera là des questions préjudicielles que le juge devra résoudre avant de passer à l'examen de la demande en divorce ; il ne devra statuer sur cette dernière qu'en parfaite connaissance de cause.

6° Défaut de pertinence des faits.

375. Une autre fin de non-recevoir pourra sans aucun doute être tirée de la non-pertinence des faits invoqués par le demandeur, quand celui-ci aura basé sa demande sur des causes ne rentrant point parmi celles que le législateur a énumérées dans les articles 229 et s. — (V. *infrà*, n. 10 et suiv.) — Il est inutile dans ce cas de rechercher si les faits invoqués par le demandeur sont ou non établis, *frustra probatur quod probatur non relevat.* Cette fin de non-recevoir touche de bien près au fond du litige. Nous avons déjà examiné cette question. Comme le fait très judicieusement remarquer M. Villequet, en acceptant comme vrais les faits exposés, elle dispense de l'appréciation des circonstances de la cause et mène directement à un jugement (p. 104).

Au surplus, c'est quelque fois du manque de précision de l'articulation des faits que pourra naître cette fin de non-recevoir.

376. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été décidé que la preuve offerte dans une poursuite en divorce de sévices, menaces et mauvais traitements, et de commerce adultérien avec une personne désignée, n'est pas pertinente lorsque la requête se borne à ces énonciations sans les préciser davantage. — Les faits articulés ne sont pas en

effet assez précis dans ce cas pour permettre à la partie adverse de fournir la preuve contraire. — (Liège, 22 mai 1851, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 255, *Belgique judiciaire*, 51, 1248. — V. *suprà*, n. 225 et suiv.)

L'exception de non-pertinence des faits allégués par le demandeur tient essentiellement au fond de la contestation. En conséquence, la vérification du fondement de cette exception ne peut avoir lieu qu'après le jugement d'admission de la demande en divorce. — (Gand, 13 août 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 8. — Laurent, t. 3, n. 232, p. 276; Dalloz, *Répert.*, v° *Séparation de corps*, n. 470 et 489. — Cass. franç., 18 frim. an XIV, et Paris, 27 mars 1813. — Dalloz, *eod. loco*; Merlin, *Répert.*, v° *Divorce*, sect. 4, § 13, n. 1. — *Contrà*, Villequet, p. 98, 104 et 150.)

7° Prescription.

377. Parmi les fins de non-recevoir en matière de divorce peut-on compter la prescription ?

Cette question est très controversée, en doctrine du moins, car en pratique elle a peu d'occasions de se produire et la jurisprudence est muette à cet égard.

M. Demolombe enseigne que la demande en séparation de corps peut toujours être formée, quelle que soit l'époque à laquelle remontent les faits (t. 4, n. 409).

Zachariæ, au contraire, prétend que la prescription trentenaire est applicable au divorce (§ 477).

M. Massol croit que dans l'espèce on peut appliquer les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. D'après lui, l'action civile prend naissance dans un délit qui, par sa nature, relève du droit pénal, et doit se prescrire par trois ans comme l'action publique ; dès que la prescription sera acquise, elle pourra être opposée comme fin de non-recevoir.

378. Voici comment raisonne M. Demolombe : D'abord nul texte n'a établi de délais pour intenter l'action en divorce ou en séparation de corps ; ensuite la prescription,

ne court pas entre époux. Ce dernier argument repose sur l'article 2253.

Il nous paraît définitif. C'est en vain qu'on lui opposerait la généralité des termes de l'article 2262. Une règle générale ne peut prévaloir contre une exception expressément spécifiée dans un texte.

379. Quant à l'opinion de M. Massol, elle est très ingénieuse; mais nous croyons cependant qu'elle doit être rejetée.

Elle repose sur une confusion : l'action civile résultant du délit n'est qu'un accessoire de l'action publique, qui seule est principale devant la juridiction correctionnelle, tandis que l'action en divorce prise à part devant la juridiction civile indépendante comme le législateur l'a comprise est, de son côté, une action principale : c'est incontestable.

Nous croyons donc, avec M. Demolombe, que l'action en divorce est imprescriptible

8° Autres fins de non-recevoir.

380. En dehors des faits que nous venons d'étudier et qui constituent les fins de non-recevoir les plus fréquentes en matière de divorce ou de séparation de corps, plusieurs exceptions ont encore été proposées dans la pratique. Nous les rencontrerons au cours de cet ouvrage, quand nous aurons l'occasion d'examiner les actes ou les phases de la procédure à propos desquelles elles se sont produites.

Citons quant à présent les espèces suivantes :

Le refus fait par la femme d'exécuter un jugement qui lui ordonne de remettre ses enfants entre les mains de son mari ne peut être considéré comme une fin de non recevoir à la demande en séparation de corps. — (Rennes, 31 juill. 1811, S. et P. chr., D. A. 11, 913, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 221.)

381. D'un autre côté, une demande en séparation de biens n'établit pas de fin de non-recevoir contre la demande en divorce ou en séparation de corps qui serait formée ultérieurement par le même époux. — (Paris, 6 août 1840, S. 41, 2, 49, P. 40, 2, 370, D. P. 41, 2, 48.) — *Sic*, Vazeille, t. 2, n. 583; Toullier, t. 2, n. 763; Merlin, *Rep.*, v° *Separation de corps*, § 2, n. 2; Massol, p. 81; Demolombe, t. 4, n. 418.

Dès lors, cette seconde demande peut être formée par la femme, même après qu'elle aurait échoué dans la première. — (Cass., 23 août 1809, S. et P. chr., D. A. 10, 231.)

382. De même une demande en divorce ou en séparation de corps ne pourrait soulever aucune fin de non-recevoir contre une demande en divorce, quand même elle aurait été prononcée pour adultère.

La disposition de l'article 229 du Code civil est aussi absolue que précise; la section 3 du titre du divorce où il est traité des fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour causes déterminées, n'en établit aucune qui puisse résulter de la séparation de corps demandée et obtenue, le chapitre 6 du même titre ne contient aucune disposition d'où l'on puisse induire que l'action en séparation de corps soit ensuite exclusive de l'action en divorce.

383. La séparation de corps laissant subsister le mariage, le mari, quoique séparé de corps, ne pourrait être déchu du droit de demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme que par une exception précisément établie par la loi.

Le raisonnement reposant sur ce principe que le divorce et la séparation de corps sont des institutions parallèles, dont l'un exclut nécessairement l'autre, ne serait exact que s'il avait été formellement consacré par la loi, qu'autant que pour les mêmes faits et pour les mêmes causes le divorce serait demandé après la séparation de corps

obtenue. Alors il serait vrai, en effet, que l'époux demandeur aurait opté. Mais lorsque, par exemple, la séparation de corps n'a été demandée que pour injures graves, et que le divorce a été ensuite demandé pour faits de dissolution et d'adultère postérieurs même à la prononciation de la séparation de corps, l'époux est recevable à former cette demande en divorce.

Le juge qui rejeterait une action en divorce de cette nature créerait une fin de non-recevoir non établie par la loi, et par suite violerait l'article 229 du Code civil.

9° Preuves des fins de non-recevoir.

384. L'article 274 porte : « Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre. »

A ces preuves, il faut ajouter que l'aveu de l'époux auquel on oppose une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation est une preuve suffisante de celle-ci. — (Demolombe, t. 4, n. 420; Aubry et Rau, t. 5, p. 185, § 492. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 210; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 649.)

Le serment décisoire peut être déféré dans une procédure en divorce (séparation de corps), sur la question de savoir s'il y a eu réconciliation. — (Trèves, 28 mai 1813, S. et P. chr., D. A. 11. 932, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 263. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 186, § 492; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 210, *in fine;* Demolombe, t. 4, n. 420; Massol, p. 125.)

A moins qu'un jugement passé en force de chose jugée, n'eût décidé que la réconciliation n'existait pas. — (Cass., 22 août 1822, S. et P. chr., D. A. 4. 579, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 263.)

385. C'est à tort, suivant nous, que le tribunal de Bruxelles a décidé que le défendeur ne peut pas recourir à l'interrogatoire sur faits et articles pour prouver la réconciliation. — (15 mai 1879, *Pasicrisie belge*, 79. 3. 275.)

386. Au surplus, les articles 252 et 274, relatifs aux enquêtes en matière de divorce, sont valablement exécutés lorsqu'il est constaté par le plumitif de l'audience que les formalités qu'il prescrivait ont été remplies immédiatement après la prononciation du jugement ou de l'arrêt, qui admet la preuve et ordonne l'enquête.

387. Mais l'article 274 ne doit pas être restreint au seul cas de réconciliation.

Nous avons vu, en effet, que l'article 272 devait être entendu dans un sens large, et qu'il ne limitait pas à une seule les fins de non-recevoir qui pouvaient être opposées par le défendeur en matière de divorce ou de séparation de corps. Or, l'article 274 n'est que le corollaire de l'article 272, il ne peut pas être plus restrictif que lui.

Du reste, les termes de l'article 274 ne sont pas tellement impérieux qu'on ne puisse refuser au défendeur à la la demande en divorce la preuve par témoins des faits qu'il allègue pour en induire une réconciliation, sur le motif que ces faits, lors même qu'ils seraient prouvés, ne constitueraient pas une vraie réconciliation. — (Cass.. 14 juill. 1806, S. et P. chr., D. P. 6. 1. 474 ; 30 janv. 1828 (motifs), S. et P. chr. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 443.)

Le mari défendeur en divorce peut faire valoir comme preuve de la réconciliation les démarches faites par sa femme pour rétablir la vie commune, lorsque ces démarches ont été suivies de cohabitation des époux. — Bruxelles, 25 juin 1862, *Pasicrisie belge*, 63. 2. 359, *Belgique judiciaire*, 62. 945.)

§ III. — Procédure devant le tribunal

1° Permission de citer.

388. Nous avons laissé la procédure à l'article 239, c'est-à-dire au moment précis où l'on sait si l'instance est ou non introduite. — (V. *suprà*, p. 156.)

Pour continuer l'étude de la procédure en matière de divorce, il faut supposer que le président, n'ayant pu concilier les époux, les a renvoyés à se pourvoir devant le tribunal.

Dans les trois jours qui suivront, le tribunal, sur le rapport du président ou du juge qui en aura fait les fonctions, et sur les conclusions du ministère public, accordera ou suspendra la permission de citer. La suspension ne pourra excéder le terme de vingt jours. — (C. civ., 240; C. proc., 879. — V. *suprà*, n° 164.)

Jusqu'à présent le président a été seul maître de la procédure; il en a successivement dirigé toutes les phases; son but était d'arriver à la conciliation, d'empêcher l'action de naître. Il n'a pas réussi, c'est alors le tribunal tout entier qui doit en connaître. Mais le rôle du président n'est pas terminé, et l'espoir d'un rapprochement entre les époux n'est pas encore abandonné.

389. La première mesure que devra prendre le tribunal saisi par l'article 240 pourra n'être encore, d'une façon indirecte il est vrai, mais non moins efficace, qu'une prolongation de l'œuvre d'apaisement qui, dans l'action en divorce, est la préoccupation dominante de la loi. Il ne faudrait pas croire cependant que les tentatives de conciliation dont nous avons examiné les phases diverses devant le président vont recommencer devant le tribunal tout entier. Non, mais le tribunal, s'il aperçoit une chance quelconque d'arrangement, la favorisera, non plus comme le président, par tous les moyens que lui donne son rôle actif dans l'introduction de l'instance, mais par une sage lenteur dans les débats de l'instruction. Le seul moyen que le législateur ait, en effet, mis à la disposition du tribunal pour atteindre ce but, le moyen dont le tribunal dispose, est la suspension pendant un délai de vingt jours au plus de l'autorisation sans laquelle le demandeur ne pourrait citer son conjoint.

En un mot, si le tribunal reconnaît que les parties sont moins éloignées d'une réconciliation qu'au moment où

elles comparaissaient devant le président seul, sans avoir d'action directe ni sur l'un ni sur l'autre des deux époux, il pourra laisser faire.

390. On comprend facilement d'ailleurs que le législateur n'ait pas donné à ce point de vue un pouvoir plus étendu au tribunal qui, ne connaissant pas encore la cause par lui-même, ne peut être en mesure d'écarter pour ainsi dire au pied levé une action qui a déjà passé, avant d'arriver jusqu'à lui, par un certain nombre de phases tellement favorables à la réconciliation, qu'on peut considérer l'affaire, une fois devant les juges du fond, comme irrémédiablement engagée.

Le pouvoir accordé au tribunal par l'article 240 de suspendre la permission de citer serait même, dans ces circonstances, difficilement justifiable, si le tribunal ne comptait dans son sein le magistrat qui a introduit l'instance, et guidé seul toutes les premières tentatives de conciliation.

Mais ici le rôle du président du tribunal change de face. Jusqu'alors nous l'avons vu, maitre absolu, diriger comme il lui plaisait les premières procédures. Il va devenir maintenant simple juge rapporteur.

C'est, en effet, sur son rapport et le ministère public entendu, que la permission de citer sera accordée au demandeur ou ajournée par le tribunal.

Mais il est à remarquer que cette autorisation ne peut pas être refusée, car ce serait préjuger le fond et déclarer mal fondées toutes les allégations contenues dans la requête introductive au sujet desquelles il est impossible que, dans l'état de la cause, le tribunal soit pleinement édifié.

391. Comme on le voit, le tribunal qui suspend ou accorde la permission de citer après une tentative infructueuse de conciliation devant le président seul, ou le juge qui le remplace, n'a d'autres renseignements pour motiver sa décision, sur les chances probables de réconciliation ultérieure, que ceux que lui donne ce magistrat dans son

rapport. C'est, en effet, le président qui a surveillé toute la procédure et le commencement de l'instruction dans la période de l'introduction de l'instance ; lui seul peut éclairer le tribunal sur l'opportunité d'une citation à l'audience de l'époux défendeur. D'où il suit que le président, ou le juge commis à sa place dans les débats de cette procédure, peut seul faire compétemment et utilement son rapport au tribunal ; il ne pourrait être remplacé dans ce rôle de rapporteur par aucun autre juge. — (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

392. Le terme de trois jours qui suivent la tentative infructueuse de conciliation, et dans lesquels l'article 240 du Code civil veut que le tribunal accorde ou suspende la permission de citer, peut se compter du jour où les pièces sont remises au ministère public ; il n'est pas nécessaire de le faire partir du jour de la signification du procès-verbal prescrit par l'article 239. C'est, en effet, seulement à partir de la remise des pièces au ministère public que ce dernier et le tribunal ont pu en prendre connaissance. — (Cass., 25 germ. an XIII, S. et P. chr.)

393. Il est intéressant de se demander si ce délai de trois jours est fixé à peine de nullité. L'affirmative serait difficilement soutenable. Lorsqu'une nullité est édictée par la loi, c'est qu'il existe quelqu'un pour l'encourir, quelqu'un de responsable. Une partie encourt une nullité, par exemple, par sa négligence ; mais, dans l'espèce, il ne dépend d'aucune des deux parties en cause de laisser périmer le délai de trois jours. Le tribunal est seul maître de l'action à ce moment de la procédure; l'initiative lui appartient, et il est évident qu'il ne peut faire encourir de nullité aux plaideurs par sa propre faute. On doit en conclure que le délai de trois jours, fixé par l'article 240, n'est sanctionné d'aucune déchéance; c'est une règle tracée au juge et dont l'inobservation n'exerce sur la procédure commencée aucune influence. — (Liège, 31 mai 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 312.)

394. Quant au délai de vingt jours pendant lequel le tribunal peut suspendre la permission de citer, ce délai n'est pas seulement suspensif en ce sens que le demandeur doive attendre. Il contient implicitement une condition résolutoire, c'est-à-dire que si, dans ce délai, la permission n'est pas accordée, le demandeur pourra provoquer une nouvelle permission de citer ; mais son action, par suite du *véto* du tribunal, ne restera pas simplement suspendue pour reprendre à l'expiration du délai.

Le demandeur sera obligé de solliciter une nouvelle permission qui, cette fois, ne peut lui être refusée.

395. On devrait, en conséquence, considérer comme nulle la citation donnée par le demandeur, après l'expiration des vingt jours fixés par l'article 240. Mais une telle irrégularité ne pourrait frapper que la citation seule qui serait sans effet sur la demande en divorce prise en elle-même. — (Besançon, 16 août, 1811, S. et P. chr.)

396. Une autre question se présente encore sur l'article 240 : c'est celle de savoir si la décision du tribunal portant permission de citer ou suspendant cette faculté est susceptible d'appel.

Il faut répondre négativement ; car, pour adopter l'opinion contraire, on devrait faire rentrer le jugement du tribunal au nombre des simples mesures préparatoires. Or, la permission qu'il accorde ou qu'il refuse ne saurait, en aucune façon, rentrer dans cette catégorie. On doit donc décider que le jugement qui intervient dans les trois jours de la non-conciliation pour admettre ou suspendre la citation est susceptible d'appel.—(Bruxelles, 5 juin 1854, *Belgique judiciaire*, 54. 929, *Pasicrisie belge*, 54. 2. 534.)

397. L'article 240 n'est pas applicable en matière de séparation de corps.

398. L'assignation par laquelle l'époux demandeur, en vertu de la permission du président et sans sommation

préalable devant le bureau de conciliation, cite son conjoint devant le tribunal du domicile conjugale est taxée par l'article 29, § 66, du Tarif civil comme un exploit ordinaire.

Si, lors de la citation en conciliation, il n'a pas été donné en tête de cet exploit d'ajournement copie de la requête introductive contenant le détail ou le résumé sommaire des faits (V. *suprà*, n. 228 et 237), cette copie doit nécessairement être donnée dans l'assignation à comparaître devant le tribunal, en vertu de la permission de citer accordée par le président, et il est dû à l'avoué pour cette copie, aux termes de l'article 72, §§ 2 et 3 du Tarif civil, 0 fr. 30 cent. par rôle à Paris, 0 fr. 27 cent. dans le ressort et 0 fr. 25 cent. ailleurs.

2° Ajournement.

399. Lorsque la permission de citer est accordée ou que la suspension de vingt jours est épuisée, la procédure conserve encore le caractère absolument privé que nous avons déjà signalé *suprà*, n. 241 et suiv.

Le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, fait citer le défendeur, dans la forme ordinaire, à comparaître en personne à l'audience, à huis clos, dans le délai de la loi ; il fera donner copie, en tête de la citation, de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui. — Art. 241, Code civ.)

400. Nous avons déjà vu (*suprà*, p. 98, n. 164) que, en dehors des formalités imposées aux époux eux-mêmes par les articles 240 et suivants du Code civil, le demandeur en divorce, fût-ce la femme, n'avait besoin, quand même il serait mineur, d'aucune assistance ni d'aucune autorisation autre que celle que la justice lui accorde nécessairement. — (Poitiers, 2 prair. an III, S. et P. chr.)

Trois questions restent à résoudre :

1° Dans quelle forme la citation doit-elle être donnée au defendeur en vertu de l'article 241 ?

2° Dans quel délai ?
3° A quel domicile ?

401. 1° D'abord dans quelle forme le demandeur fera-t-il citer le défendeur devant le tribunal ? Le texte répond lui-même dans la forme ordinaire.

Il en résulte que l'article 241 du Code civil pourra être utilement combiné avec les articles 61 et 72 du Code de procédure sur les ajournements. — (Paris, 13 fruct. an XI, S. et P. chr.) — C'est encore en ce sens du reste qu'il a été jugé par la Cour de Bruxelles que, le Code civil ne contenant pas un système absolument complet de procédure pour les demandes en divorce, c'est aux règles ordinaires du Code de procédure civile qu'on doit s'en rapporter pour les cas qui ne sont pas expressément prévus par les articles 236, 240 et suivants du Code civil. — (Bruxelles, 8 juil. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 347, *Belgique judiciaire*, 68. 1154.)

402. On sait à cet égard que, dans la procédure ordinaire, les ajournements contiennent en tête copie des requêtes, demandes, pièces, etc., s'il en existe qui sont généralement considérées comme les premiers actes de l'introduction d'une instance ; mais cette copie, qui a sa raison d'être et son utilité, n'est pas exigée à peine de nullité par les règles générales de la procédure.

403. En matière de divorce, l'article 241 en fait l'objet d'une disposition spéciale : « Le demandeur fera donner copie en tête de la citation de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui. » Nous croyons que le défaut de cette copie pourrait être, en matière de divorce, un moyen de nullité. Mais en tous cas ce ne serait là qu'une nullité relative ; le défendeur ne pourrait pas l'invoquer en tout état de cause, en appel par exemple. C'est en ce sens que la Cour de Gand a décidé que le défendeur à l'action en divorce est non recevable à invoquer, pour la première fois en appel, la nullité résultant

du défaut de notification en tête de l'exploit de citation des pièces produites à l'appui de la demande en divorce, alors qu'il n'a pas interjeté appel du jugement d'admission de la demande, mais seulement du jugement statuant sur le fond du droit. — (Gand, 2 avr. 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 597, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 242.)

404. 2° Quant au délai, nous ferons naturellement la même observation ; il ne peut s'agir encore ici que du délai ordinaire des ajournements, c'est-à-dire le délai de huit jours francs, fixé par les articles du Code de procédure que nous venons d'indiquer. — (*V.* le numéro précédent.)

Ainsi, il ne sera pas nécessaire de citer à jour fixe; aucune disposition de loi ne l'exige, et l'omission dans l'exploit d'ajournement d'une date déterminée à laquelle devra comparaître le défendeur ne pourrait, en aucune façon, entraîner la nullité de l'assignation : il suffira que cette assignation porte le délai de huitaine franche. — (Amiens, 13 fruct. an XI, S. et P. chr. — Trib. Bruxelles, 25 mars 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 3. 184.)

405. 3° Enfin à quel domicile doit être donné l'assignation? Cette question n'a d'intérêt bien entendu que lorsque la femme est défenderesse ; il va de soi, en effet, que lorsqu'elle est demanderesse, c'est au domicile du mari que doit être porté l'ajournement.

Si la femme est défenderesse, une difficulté peut se présenter.

Souvent la femme contre laquelle la séparation de corps est demandée s'est rendue coupable d'adultère ; cela implique, au moins depuis la découverte du délit, la cessation de toute cohabitation avec le mari. La femme prend une nouvelle résidence ou bien elle se retire dans sa famille. L'assignation contre elle devra-t-elle lui être donnée à cette nouvelle résidence ou bien au domicile du mari, qui reste le domicile légal?

Il nous semble que le premier parti devrait être choisi

dans tous les cas où la résidence réelle de la femme est suffisamment connue pour qu'elle puisse être utilement touchée par l'ajournement; et qu'on ne devrait, au contraire, assigner la femme défenderesse au domicile du mari que dans le cas où ce dernier ne connaîtrait point l'endroit ou s'est retirée sa femme.

Cependant, d'après un arrêt de la Cour d'Aix (7 mars 1809, S. et P. chr.), la femme assignée en divorce peut l'être au domicile de son mari et non au lieu où elle a, dans une autre ville, sa résidence réelle connue ou tolérée.

406. L'article 241 n'est pas applicable à la séparation de corps.

407. Il est dû à l'huissier pour original d'une citation à comparaître à huis clos en personne, dans le délai de la loi que fait donner le demandeur en divorce pour cause déterminée, 2 fr. à Paris, 1 fr. 50 cent. ailleurs; et pour la copie, un quart de l'original. —(Art. 29 du *Tarif.*)

3° Audience à huis clos. — Comparution.

408. Le défendeur une fois cité en vertu de l'article 241, la procédure entre dans une nouvelle période; sans doute l'instruction ne devient pas encore publique, mais le secret est moins complet, ce caractère ne se manifeste plus que dans la forme ordinaire du huis clos.

A l'échéance du délai, soit que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur en personne assisté d'un conseil, s'il le juge à propos, exposera ou fera exposer les motifs de sa demande; il représentera les pièces qui l'appuient, et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre.

409. Nous avons dit que, suivant nous, le ministère des avoués était indispensable dans la procédure en divorce

comme dans la procédure en séparation de corps. —(V. *suprà*, p. 122, n. 229 et suiv.) — Nous ne reviendrons pas sur cette question ; l'article 242 dit que le demandeur se fera assister d'un conseil s'il le juge à propos. Nous pensons qu'il serait imprudent de sa part de se passer de cette assistance, et d'ailleurs, la présence à l'audience de l'avoué qui a dirigé les débats de la procédure nous paraît s'imposer ici.

410. En tous cas, l'article 242 paraît limiter le conseil à une personne. Nous savons le sens qu'on attache généralement dans la pratique aux dispositions qui parlent de l'assistance d'un conseil à l'audience. C'est soit l'avoué, soit l'avocat, soit les deux ensemble; leur action est collective et ne saurait être séparée, la présence de l'un appelle plutôt la présence de l'autre qu'elle ne l'exclue, c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'article 242.

411. Mais on ne pourrait pas aller plus loin et dire que le demandeur aura la faculté de se faire accompagner d'un nombre indéfini de conseils; il doit rester dans les limites fixées par les règles générales de la procédure. C'est en ce sens qu'il a été décidé qu'aucune disposition de loi, dans l'hypothèse prévue par l'article 242, ne permettra au demandeur de se faire assister à l'audience. L'article 253 notamment, qui permet aux parties de se faire assister pendant l'enquête de trois conseils sans compter leurs amis, est une disposition d'un caractère absolument exceptionnel qui n'est applicable qu'à la phase de l'instruction qu'elle détermine expressément, et qui ne saurait être étendue, en aucune façon, à l'hypothèse prévue à l'article 242, et cela va de soi. L'instruction est encore secrète à cette dernière période, elle le devient de moins en moins à mesure que l'on approche du jugement définitif, et c'est pour cette raison qu'à l'article 253, le législateur permet aux parties d'introduire à l'instruction un nombre plus considérable de tiers personnellement étrangers à l'action — (Rouen. 17 mars 1807, S. et P. chr.)

412. Le nombre des conseils que le demandeur pourra amener à l'audience dans le cas prévu par l'article 242 sera donc celui que l'on rencontre dans toutes les procédures devant le tribunal.

413. Le greffier peut assister, sans qu'il n'y ait aucune nullité, à l'audience où le demandeur expose ses griefs. L'article 242 n'exige que le huis clos ; cette exigence n'exclut pas le greffier, le mot « huis clos » n'a jamais en aucune hypothèse été entendu en ce sens. Il veut dire seulement que le public du dehors n'est pas admis dans le prétoire pendant les débats. Dans le cas prévu par l'article 242, il n'y a aucune raison pour modifier les règles du Code de procédure (art. 1040), qui enjoint aux juges de se faire assister d'un greffier dans les actes de leur ministère. — (Liège, 31 mai 1855, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231.)

414. Nous venons de voir les moyens et les modes de preuve que le demandeur peut proposer à l'audience à huis clos, soit lui-même, soit par le conseil qui l'assiste.

On doit se demander, avant de passer au commentaire d'un autre texte, s'il est absolument nécessaire que le demandeur comparaisse en personne à l'audience de huis clos où les moyens qu'il se propose de faire valoir seront exposés au tribunal. L'article 242 dit que *le demandeur exposera ou fera exposer les motifs*, etc.; d'un autre côté, l'article 91 du Tarif civil alloue un émolument à l'avoué qui aura exposé les motifs de la demande en divorce au tribunal. Ne pourrait-on pas en inférer que la comparution personnelle du demandeur n'est pas exigée par l'article 242? Nous pensons, au contraire, que le demandeur devra comparaître en personne, et cela pour deux raisons : d'abord, le texte de l'article 242 l'exige expressément ; ensuite, cette comparution personnelle nous paraît conforme au caractère général de la procédure ainsi qu'au vœu de la loi. Pourquoi, en effet, le législateur a-t-il ordonné le huis clos pour cette première audience? Sans doute, en premier lieu, pour éviter le scandale qui résulte ordinairement d'une ac-

tion en divorce. Mais la précaution prise par le législateur, si elle n'avait d'autre objet, serait absolument insuffisante, car si l'audience de forme de l'article 242, n'est pas publique, les débats sur le fond le seront, en vertu des articles 245 et suivants. La loi a donc eu en vue un autre but, en exigeant le huis clos dans l'article 242, que l'intention assez chimérique d'ailleurs d'éviter le scandale. La vérité est qu'à la période de la procédure où nous sommes arrivé, tout espoir de conciliation n'est pas encore abandonné ; la loi, du moins, n'y a pas renoncé ; voilà pourquoi elle a exigé le huis clos. Les circonstances dans lesquelles un raccommodement peut se produire en ces sortes d'affaires doivent se passer hors la présence d'étrangers, il faut qu'aucun motif de respect humain ne vienne troubler les époux et les arrêter sur la pente des bons sentiments. Voilà pourquoi le public n'est pas encore admis à l'audience. Si tel est le motif du huis clos, on comprend sans peine que la présence du demandeur à l'audience est absolument nécessaire suivant nous, elle est exigée à peine de déchéance.

415. Il pourra cependant se faire que le demandeur soit matériellement dans l'impossibilité de se présenter, il peut être empêché par un cas de force majeure. Supposons, par exemple, une femme demanderesse en divorce pour causes d'excès ou de sévices, que les blessures ou les mauvais traitements qu'elle a reçus de son mari obligent à garder la chambre. Sera-t-elle par ce fait déchue de son action ? Faudra-t-il qu'elle recommence *ab initio* toute la procédure ? — Non, évidemment. — Il nous semble que l'article 236 devra ici, comme ailleurs (V. *suprà*, n. 226). recevoir son application par analogie et que, en ce cas, sur une requête appuyée d'un certificat signé de deux médecins, le demandeur pourra obtenir du tribunal la permission de citer à nouveau le défendeur.

416. Mais il ne faut pas abuser de l'application des textes par analogie ; elle n'est permise qu'en cas de néces-

sité absolue et dans les termes mêmes que les textes prescrivent pour les cas analogues. Or, l'article 236 ne parle que de l'éventualité d'une maladie. Par conséquent, nous pensons qu'en dehors de ce cas, dans l'hypothèse même de l'article 242, l'article 236 ne peut plus être invoquée, et quelle que soit la cause qui ait empêché le demandeur de se présenter, il sera déchu de son action, et le défendeur pourra tirer de son absence une fin de non-recevoir.

417. La présence du défendeur est-elle aussi nécessaire à l'audience où le demandeur expose ses griefs et propose ses preuves? — Non, le défendeur peut comparaître par un fondé de pouvoir; il peut même ne comparaître ni en personne ni par procureur, sans que le défaut soit prononcé contre lui.

En effet, rien ne serait plus facile, si le défaut était admis, que de faire fraude à la loi en faisant ainsi sanctionner par la justice de soi-disant divorces pour causes déterminées qui ne seraient, en réalité, que des divorces par consentement mutuel. Nous aurons, d'ailleurs (V. *infrà*, § 6), à nous occuper des décisions par défaut en matière de divorce, quand nous traiterons des voies de recours.

418. Il est dû à l'avoué qui assiste à huis clos les époux, dans le cas de demande en divorce, représente les pièces, fait s'il y a lieu des observations et indique le nom des témoins : par chaque vacation de trois heures, à Paris, 6 fr.; dans le ressort, 4 fr. 50 cent.—(Article 91 du tarif.)

4° Production des pièces. — Désignation des témoins. — Preuves.

419. L'article 242 statue sur un autre point : *Le demandeur représentera les pièces qui l'appuient et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre.*

Trois questions se posent sur cette partie du texte de l'article 242 :

1° Cette disposition est-elle applicable au défendeur?

2° Quelles sont les pièces que l'on peut produire?
3° Quels témoins?

420. Remarquons d'abord que l'article 242 ne parle que du demandeur; du défendeur il ne dit rien.

Que résulte-t-il de cette disposition? Que les pièces et moyens une fois produits à l'audience, le demandeur ne pourra plus ultérieurement présenter ni pièces ni moyens nouveaux, et c'est là une disposition exceptionnelle qui ne peut s'appliquer au défendeur; une exception ne peut être, en effet, étendue en dehors des cas limitativement prévus par la loi. Or, l'article 242 ne parle que du demandeur. Donc, le défendeur pourra toujours, à toute époque de l'instance, opposer à l'époux demandeur de nouveaux moyens de défense et des pièces nouvelles à l'appui, et il pourra le faire au cours des débats et même après la clôture des enquêtes. — (Trib. Bruxelles, 27 déc. 1879, *Pasicrisie belge*, 80. 3. 323.)

Mais nous ne sortons pas ici de la période de la procédure à laquelle l'article 242 se refère. Si, après avoir produit ses pièces à l'audience, le demandeur ne peut plus en invoquer d'autres, peut-on dire que dans ces pièces il ne pourra comprendre quelques documents nouveaux qu'il n'a pas joints, à l'origine, à sa requête introductive d'instance? Nous croyons qu'on peut faire ici quelques distinctions.

421. A l'époque de la procédure à laquelle fait allusion l'article 242, le demandeur ne pourra en principe, ainsi que nous l'avons expliqué (*suprà*, n. 234, p. 132), alléguer de faits nouveaux, non énoncés dans sa requête introductive d'instance, à moins que ces derniers faits ne soient nécessairement complétés par les faits nouveaux que le demandeur, en pareil cas, aurait toujours le droit d'invoquer. Or, si nous nous reportons à l'article 236, nous voyons qu'en ce qui concerne les faits, cette disposition en exige le détail, tandis qu'elle ne parle des *pièces* que d'une façon accessoire; d'où l'on peut conclure, croyons-

nous, qu'au moment de l'instruction indiquée par l'article 242, le demandeur pourra, sans inconvient et sans encourir de ce chef aucune opposition de la part du juge, joindre aux pièces annexées originairement à sa requête les nouveaux documents dont il aura pu s'entourer ultérieurement.

L'époux qui n'aurait pas suffisamment détaillé les faits articulés dans sa demande en divorce, est du reste recevable à réparer son omission par des conclusions prises à l'audience fixée pour le débat sur la requête introductive d'instance. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 1060, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342.)

422. Quelles sont les pièces que le demandeur peut produire?

Il va sans dire qu'en principe le demandeur en divorce ne peut produire que les pièces qui sont entre ses mains à juste titre, et non celles dont le défendeur aurait été violemment ou frauduleusement dépossédé. — (Trib. Bruxelles, 23 avr. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 3. 234.)

Nous verrons que ce principe doit nécessairement, dans la pratique, subir quelques exceptions.

423. C'est surtout en ce qui concerne la production de la correspondance que des questions délicates peuvent être soulevées.

Il est admis aujourd'hui que l'époux demandeur peut produire et invoquer les lettres qui lui ont été écrites par son conjoint, de même qu'il pourrait révéler et essayer de prouver en justice les incidents de la vie commune.— (Cass., 9 nov. 1830, S. 31. 1. 155, P. chr. — Poitiers, 29 juill. 1806, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Lettres missives*, n. 22. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Injure*, § 4, n. 8; Massol, p. 41; Demolombe, t. 4, n. 393 et 394; Aubry et Rau, t. 5, p. 180, § 491; Rousseau, *De la correspondance*, n. 144; Le Senne, n. 339.)

424. Aucune loi, d'ailleurs, ne prohibe expressément l'usage, en matière d'adultère, de la preuve tirée des

lettres de la femme à son complice ; l'article 338 du Code pénal qui, relativement à ce complice, restreint les moyens généraux de preuve du délit, maintient cependant le moyen tiré de la correspondance. Si la loi autorise ce mode de preuve contre le complice dans un cas où elle est beaucoup moins sévère pour ce dernier que pour la femme, elle l'admet à plus forte raison contre celle-ci. La femme ne saurait invoquer ici le principe moral de l'inviolabilité des lettres.

425. Il en est de même, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de lettres écrites par l'un des époux à ses père et mère, ou aux père et mère de son conjoint, sans recommandation d'en garder le secret, et qu'elles ont été remises par ceux-ci au conjoint, pour en faire usage contre leur auteur. — (Paris, 22 févr. 1860, S. 60. 2. 231, P. 60. 440, D. P. 60. 5. 353. — *Sic*, Le Senne, n. 242.)

426. Au surplus, le législateur n'ayant pas déterminé la force probante des lettres missives, le juge, en matière de séparation de corps comme en toute autre, peut les considérer soit comme preuve, soit comme commencement de preuve par écrit, ou les rejeter comme insuffisantes, quel que soit d'ailleurs celui qui les produit. Le pouvoir d'appréciation souveraine du juge du fond s'étend également à la question de savoir si une lettre produite au débat a un caractère confidentiel, et si la divulgation en peut être contraire à la probité.— (Aubry et Rau, t. 8, p. 293, § 760 *ter*; Demolombe, t. 4, n. 398; Le Senne, n. 346. — V. aussi Cass., 31 mai 1842, D. P. 42. 1. 329.— Limoges, 17 juin 1824, S. et P. chr. — Aix, 17 déc. 1834, S. 35. 2. 172, P. chr.)

427. Jusqu'à présent, pas de difficulté ; mais le demandeur pourra-t-il également invoquer des lettres adressées à un tiers?

Il faut distinguer : les lettres adressées à un tiers, dont ce dernier est seul propriétaire, pourront être produites

par le demandeur en divorce ou en séparation de corps, lorsqu'il sera établi que ces lettres sont arrivées par des moyens légitimes entre les mains du demandeur.

C'est ainsi qu'il a été jugé avec raison, selon nous, que les lettres adressées à un tiers par l'époux défendeur sont légitimement invoquées, de même que les tiers, même les parents et les domestiques, pourraient être appelés à témoigner des faits les plus intimes qui seraient à leur connaissance.—(Paris, 22 févr. 1860, S. 60. 2. 231, P. 60. 440, D. P. 60. 5. 353.—Dijon, 11 mai 1870, S. 72. 2. 38, P. 72. 213, D. P. 71. 5. 238.—*Sic*, Demolombe, t. 4, n. 394; Massol, p. 42 ; Rousseau, n. 145. — V. aussi, dans le même sens, Bruxelles, 28 avr. 1875, *Pasicrisie belge*, 75. 2. 217. — Trib. Bruxelles, 28 avr. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 8. 224. — *Contrà*, Laurent, C. 3, n. 201, D. *Rép.*, v° *Lettres missives*, n. 7.)

428. On doit décider tout au moins que l'époux qui a intéret à la production de la lettre peut exiger cette production de la part du tiers, ou le faire interroger comme témoin sur le contenu. — (Cass., 31 mai 1842, S. 42. 1. 490, P. 42. 2. 645, D. P. 42. 1. 329; 18 mars 1861, précité. — Paris 22 févr. 1860, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 394.)

429. Du reste, avant d'admettre la production de ces lettres, les juges n'ont pas même à s'enquérir de la manière dont l'époux demandeur les a introduites au débat, lorsque le tiers possesseur des lettres a été assigné en production, comme il l'aurait été en témoignage. — (Cass., 31 mai 1842, précité.)

On doit donc admettre que, même dans le cas où une femme demanderesse en séparation de corps renonce volontairement à procéder à l'enquête à laquelle elle a été autorisée par une décision interlocutoire, les juges peuvent néanmoins prononcer *de plano* la séparation de corps (ou le divorce), à la requête du mari, en se fondant sur des faits établis dès à présent et résultant d'une lettre retenue aux débats par le jugement qui avait ordonné l'enquête, pour être tiré

ultérieurement de cette lettre telles conséquences que de droit. — (C. civ., 231, 1551; C. proc., 257; Cass., 4 déc. 1876, S. 77. 1. 110, P. 77. 263, et la note de M. Labbé.) — Nous aurons du reste l'occasion de revenir bientôt sur ce point particulier.

430. Quant à présent, constatons que la même solution devrait encore être adoptée sans difficulté si le tiers détenteur des lettres en question avait, de son propre mouvement, remis ces lettres à l'époux demandeur; ou bien si le hasard seul les avait fait tomber entre les mains de ce dernier. — (Alger, 12 nov. 1866, S. 67. 2. 152, P. 67. 596. — Rouen, 13 nov. 1878, motifs, S. 79. 2. 80, P. 79. 346, D. P. 80. 2. 191. — Bordeaux, 13 janv. 1879. S. 79. 2. 108, P. 79, 470, D. P. 80. 2. 191.— *Sic*, Le Senne, n. 343.)

431. Voici, par exemple, une hypothèse qui s'est déjà présentée à plusieurs reprises devant les tribunaux : le mari oublie dans un meuble, au domicile conjugal, un brouillon de lettre par lui écrite et des réponses à lui adressées; les unes et les autres contiennent la preuve de l'adultère ou d'une injure grave dont il s'est rendu coupable à l'égard de sa femme; ces lettres tombent entre les mains de cette dernière, en dehors de tout moyen illicite par elle employé pour se les procurer; il appartient, en pareil cas, aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère de ces lettres, et la convenance ou l'opportunité de leur production. — (Décr. 10 août 1790; Décr. 26-29 août 1790, art. 2; Décr. 10-20 juill. 1791; C. civ., 544.—Rouen, 13 nov. 1878, précité.— *Sic*, Labbé, note sous Bruxelles, 28 avr. 1835, S. 77. 2. 161, P. 77. 706.)

432. Nous avons supposé jusqu'ici que les lettres étaient parvenues entre les mains de l'époux demandeur en dehors de tout moyen illicite, de toute indiscrétion.

Examinons maintenant l'hypothèse contraire. C'est par une fraude, une violence, une manœuvre quelconque que le demandeur a pu se procurer les lettres qu'il entend pro-

duire en justice pour obtenir le divorce ou la séparation de corps.

Ces lettres, ainsi obtenues, pourront-elles être produites ?

Nous avons résolu la question négativement en principe, et nous pensons qu'aucune dérogation ne saurait résulter des circonstances. Nous pensons notamment qu'on ne saurait établir deux poids et deux mesures à cet égard, suivant que le demandeur est le mari ou la femme ; mais nous devons avouer que cette opinion est généralement rejetée par la jurisprudence, et comme nous avons la prétention de faire un livre utile pour les praticiens, nous allons exposer sans restrictions cette jurisprudence. — (*V.* dans le sens de notre opinion, Massol, p. 63.)

433. La jurisprudence fait donc une distinction. Lorsque la femme est demanderesse, le principe que le demandeur ne peut produire les lettres adressées à un tiers que si elles sont parvenues entre ses mains par des moyens licites reçoit sa pleine application.

Ainsi, la femme ne peut produire en justice une lettre du mari interceptée par elle entre les mains d'un domestique qui la portait à la poste sur l'ordre du mari. — (Cass., 13 nov. 1876, S. 78. 1. 201, P. 78. 510. — Rouen, 13 nov. 1878, précité, S. 79. 2. 80, P. 79. 346, D. P. 80. 2. 191. — *Sic*, Le Senne, n. 346, *in fine*. — *Contrà*, Massol, p. 63.)

434. Si, au contraire, le mari est demandeur en divorce ou en séparation de corps, d'après la jurisprudence la situation change complètement. Le mari est investi de la puissance maritale et cette autorité lui donne les droits les plus exorbitants ; ainsi, il a le droit de produire en justice, après l'avoir interceptée, une lettre écrite par sa femme à la sœur de cette dernière, et par laquelle il veut établir le projet formé par sa femme d'un attentat contre sa vie. —(Besançon, 20 févr. 1860, S. 60. 2. 229, P. 60. 436, 30 déc. 1862, D. P. 63. 2. 63. — Bruxelles, 28 avr. 1875, S. 77. 2. 161, P. 77. 706, et la note de M. Labbé, D. P. 76.

2. 25. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, n. 180, § 491 ; Laurent, t. 3, n. 201.)

435. On décide encore, d'après les mêmes principes, que le mari, à qui incombe le devoir de veiller sur l'honneur et la paix du foyer conjugal, a le droit de produire dans une instance en séparation de corps une lettre confidentielle écrite par sa femme à un tiers, ou réciproquement, même s'il a intercepté cette lettre par la force. — (Nîmes, 6 janv. 1880 (motifs), S. 81. 2. 54, P. 81. 1. 322, D. P. 80. 2. 191. — *Sic*, Demolombe, t. 4 n. 394. — *Contrà*, Limoges, 17 juin 1884, P. chr., D. *Rép.*, v° *Lettre missive*, n. 24. — Besançon, 30 déc. 1862. — V. *suprà*, art. 213, n. 2 et suiv., D. P. 63. 2. 63.)

436. La jurisprudence belge, quoique d'une manière moins constante et moins absolue, résout généralement la question dans le même sens. Ainsi, il a été jugé par le tribunal d'Anvers que la femme défenderese ne peut faire écarter une lettre que le mari aurait obtenue par surprise en violant le secret des lettres confidentielles ; mais que lorsque le mari ne présente que des copies des lettres qu'il a ainsi surprises, ces copies doivent être écartées du débat. — (Trib. Anvers, 8 août 1874, *Belgique judiciaire*, 76. 126.)

437. Le tribunal de Bruxelles a jugé également que la femme pouvait s'opposer efficacement à ce que son mari produise à l'audience des lettres écrites à une époque antérieure au mariage. La puissance maritale ne pourrait, en effet, s'étendre rétroactivement jusqu'à cette époque, et être invoquée en pareille hypothèse. — (Trib. Bruxelles, 22 avr. 1876, *Pasicrisie belge*, 77. 3. 174.—Mais, comme on le voit, cette décision n'est pas, à proprement parler, contraire à la distinction généralement adoptée par la jurisprudence, entre le cas où le mari est demandeur et celui où ce rôle appartient à la femme ; car cette décision n'est basée que sur la puissance maritale ; or cette puissance

ne pouvait s'exercer sur des faits antérieurs au mariage. — Du reste, la Cour de Bruxelles n'a pas hésité à déclarer, dans d'autres espèces, que le mari peut faire usage, dans une instance en divorce, de lettres confidentielles, écrites par sa femme à sa sœur, et qu'il a interceptées, s'il a des motifs sérieux et légitimes de se les approprier sans les laisser parvenir à la destinataire. — (Bruxelles, 21 avr. 1875, *Pasicrisie belge*, 75. 2. 217. — *V.* aussi en ce sens, même Cour, 9 juin 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 339.)

438. Quant aux témoins que le demandeur et le défendeur peuvent faire entendre dans la requête, nous en parlerons plus tard en commentant les articles suivants de la procédure en divorce. Nous ne nous écarterons pas en effet dans cette matière de l'ordre dans lequel se présentent les textes du Code civil, parce qu'ils suivent pas à pas la marche de l'instance, et que cet ordre nous parait particulièrement commode pour les recherches.

Mais avant de passer aux reproches que les parties peuvent proposer contre les témoins et aux détails de l'enquête, il sera peut-être bon d'énumérer, une fois pour toutes, les autres modes de preuve qui peuvent être proposés, soit en demandant, soit en défendant dans une instance en divorce ou en séparation de corps.

439. La loi n'a point fixé ces modes de preuve d'une manière limitative ; nous avons déjà parlé de celles qui résultent des pièces présentées par le demandeur, et notamment des preuves littérales. Nous parlerons des témoins en nous occupant des textes qui règlent les formes de l'enquête.

En dehors de ces moyens de preuve, spécialement visés par les articles du divorce, tous les autres sont admissibles, du moins en principe.

Les simples présomptions, quand elles sont concordantes, peuvent suffire à prouver les faits de nature à motiver une séparation de corps. — (Locré, sur les art. 229 et 230 ; Merlin, *Rép.*, v° *Adultère*, n. 19, et *Quest.*, *eod. verb.*,

§ 10, n. 132; Vazeille, t. 2, n. 533; Zachariæ, § 476, texte et note 5; Aubry et Rau, t. 5, p. 179, § 491; Le Senne, n. 351; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 4 et suiv.)

440. Il en est spécialement ainsi en matière d'adultère. Pour qu'il y ait lieu de prononcer le divorce (ou la séparation de corps) à cause d'adultère, il n'est pas nécessaire que l'adultère soit établi par des preuves physiques; il suffit que l'existence en résulte de présomptions précises et concordantes. — La constatation du flagrant délit n'est donc pas indispensable. — (Bordeaux, 27 févr. 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 929, D. *Rép.*, v° *Adultère*, n. 68. — Riom, 9 nov. 1810, S. et P. chr. — Colmar, 20 juin 1812, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 481. — *Sic*, Le Senne, n. 19.)

Un arrêt pourrait donc, sans violer aucune loi, décider que la demande en divorce du chef d'adultère est pleinement justifiée par les documents de la cause. — Cass. Belgique, 25 déc. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 21. — Bruxelles, 8 nov. 1831, *Pasicrisie belge*, 31. 249.)

441. Les juges, antérieurement à 1816, ne se sont pas toujours montrés aussi faciles pour la preuve de l'adultère de la femme; la seule qu'on admît primitivement était: le flagrant délit, le scandale public ou la preuve par écrit. La preuve par témoins fut d'abord rejetée, et on n'admit au commencement que ces deux genres de preuves :

1° Le scandale public ; 2° les lettres et écrits de la femme.

Mais ce système laissait en dehors des atteintes de la loi toute une catégorie d'adultères qui n'étaient pas les moins graves. La femme qui trompait son époux avec adresse, et savait se prémunir contre le scandale, ne tombait pas sous le coup de la loi.

Comment prouver aussi l'infidélité de celle qui n'a jamais envoyé de lettre à son amant.

La femme qui savait s'y prendre pouvait ainsi mettre

son mari dans l'impossibilité de prouver légalement l'adultère, que des témoins cependant avaient constaté *de visu*.

442. Lorsqu'une expérience de quelques années eut démontré l'insuffisance de ce système, l'adultère de la femme put désormais être établi en justice au moyen des preuves généralement adoptées par la loi dans les autres ordres de faits. Non seulement les écrits, mais les témoignages, de simples présomptions mêmes, solidement appuyées, furent ordinairement admises par les juges. On s'en remettait à la prudence du magistrat pour apprécier dans l'espèce l'importance de ces différentes sortes de preuves, et en particulier de la dernière. L'aveu de la défenderesse devint aussi une preuve, non pas un titre probant suffisant à lui seul pour établir l'adultère, mais un moyen qui empruntait toute sa valeur aux circonstances dont il était entouré. Ces circonstances devaient être de nature à démontrer la sincérité de l'aveu, autrement une entente frauduleuse entre les conjoints aurait offert à ceux-ci un moyen un peu trop commode d'éviter les difficultés, les formalités légales du divorce. Des présomptions, des preuves qui ne sont pas absolument décisives par elles-mêmes, acquièrent, quand l'aveu vient s'y joindre, une force capable d'entraîner la décision des juges.

443. Il en serait encore de même en matière de sévices. Par exemple, des traces de contusions dont la cause n'est pas prouvée doivent être présumées provenir des mauvais traitements du mari, si des personnes dignes de foi déposent que la femme leur a fait des déclarations conforme à ces présomptions avant tout procès. — (Bruxelles, 14 août 1834, *Pasicrisie belge*, 34.238.)

444. Nous pensons toutefois que, dans la généralité des cas, on doit s'arrêter là, et n'admettre les autres genres de preuves qu'avec la plus grande réserve, surtout

tant que le divorce par consentement mutuel ne sera pas rétabli; il serait, en effet, bien facile aux parties de s'entendre pour cacher un divorce par consentement mutuel sous les apparences d'un divorce pour causes déterminées, si les preuves proposées n'étaient autres que l'aveu, le serment ou l'interrogatoire sur faits et articles.

445. Ainsi la jurisprudence, à quelques exceptions près, qui étaient d'ailleurs motivées par les circonstances de la cause, a-t-elle généralement, et avec raison, repoussé les modes de preuves qui pouvaient cacher une collusion quelconque.

Ainsi le serment décisoire ne peut non plus être déféré en matière de séparation de corps.—(C. civ., 1358.—Grenoble, 19 juill. 1838, S. 39. 2. 415, P. 39. 1. 368, D. P. 39. 2. 20. — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 378; Merlin, *Rép.*, v° *Serment* § 2, art. 2, n. 6 ; Duranton, t. 3, n. 574 ; Favard, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 4 ; Demolombe, t. 4, n. 475 ; Le Senne, n. 349.)

...Et il en est de même du serment supplétoire —(Merlin, *Rép.*, v° *Serment supplétoire;* Toullier, t. 10, n. 419 ; Massol, p. 124 et 125 ; Demolombe, t. 4, n. 475 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 182, § 491, Le Senne, n. 350.)

446. On ne saurait davantage considérer comme preuve des faits de nature à motiver la demande en séparation de corps les seuls aveux du défendeur, alors même qu'ils seraient consignés dans le procès-verbal de non-conciliation. — (Paris, 9 mars 1838, précité. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 304.)

C'est une conséquence du principe suivant lequel les séparations de corps volontaires ne sont pas admises en droit français. — (Rennes, 13 déc. 1841, P. 42. 1. 463, D. P. 42. 2. 213. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 72 et 326; Le Senne, n. 336. — V. *infrà*, art. 307, n. 102 et suiv.)

447. *A fortiori*, le président du tribunal ne saurait être

entendu comme témoin pour déposer des aveux que l'une des parties aurait faits devant lui. — (Amiens, 30 mars 1822, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Témoins*, n. 56. — V. *infrà*, n. 549, *in fine*.)

448. La Cour de Paris a même décidé que la notoriété publique ne peut seule devenir la base légale d'un jugement de séparation de corps. — (Paris, 9 mars 1838, S. 38. 2. 235, P. 38. 1. 392, D. P. 38, 2. 145.)

Nous croyons cependant qu'il peut résulter de la notoriété publique une présomption très grave contre le défendeur, et que cette présomption doit être prise en considération, surtout lorsqu'elle se trouve corroborée par d'autres circonstances.

449. Du reste, comme nous l'avons dit, le danger seul d'une collusion entre les parties fait que la jurisprudence a presque toujours rejeté certaines preuves qui pouvaient cacher une entente entre les époux.

Les juges, appréciateurs souverains, sont en effet maîtres absolus d'admettre ou de rejeter tels ou tels moyens qu'on leur propose; mais aucun moyen ne doit être éliminé en principe.

Par exemple, les aveux de la partie défenderesse, touchant les faits sur lesquels est basée la demande, ne doivent pas nécessairement et dans tous les cas être rejetés : les juges peuvent admettre, comme preuve de ces faits, les aveux qui leur paraissent, d'après les circonstances, être l'expression de la vérité, et non le résultat de la collusion ou du consentement mutuel des époux. — (Poitiers, 16 déc. 1852, S. 53. 2. 372, P. 53. 1. 454. — *Sic*, Favard, v° *Séparation de corps*, sect. 2, § 2, n. 9; Chauveau sur Carré, t. 6, Quest. 2981; Marcadé, sur l'art. 306, n. 5; Locré, sur l'art. 307; Thomine-Desmazures, sur l'art. 879; Vazeille, t. 2, n. 564; Aubry et Rau, t. 5, § 491, p. 181; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 154, note 1; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 534; Le Senne, n. 336.)

450. En tous cas, si l'aveu de l'époux défendeur à une

demande en séparation de corps est, à lui seul, insuffisant pour prouver la réalité des faits servant de base à la demande, cet aveu peut néanmoins être pris en considération et dispenser les juges d'ordonner une enquête, particulièrement lorsqu'il n'est pas purement volontaire, et qu'il s'induit de faits constants dont il appartient aux juges de déterminer le caractère et les conséquences. — (Cass., 6 juin 1853, S. 53. 1. 708, P. 55. 1. 79, D. P. 53. 1. 244 ; 29 avr. 1862, S. 62. 1. 945, P. 63. 44, D. P. 62. 1. 516. — *Sic*, Proudhon, *Etat des personnes*, t. 1, p. 335 ; Duranton, t. 2, n. 602 ; Vazeille, t. 2, n. 564 ; Favard, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 20 ; Marcadé, sur l'art. 306, n. 4 ; Demante, t. 2, n. 8 *bis* ; Zachariæ, t. 1, § 476, note 6 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 181, § 491. — *Contrà*, Toullier, t. 2, n. 759 ; Pigeau, *Comm.*, t. 2, p. 580 ; Boitard, *Leçons de proc.*, t. 2, p. 169 ; Demolombe, t. 4, n. 474. — V. *infrà*, n. 461.)

Mais on ne saurait tirer la preuve d'abus du droit marital sur la personne de la femme, des dires de celle-ci et des tiers à qui elle aurait fait ses confidences. — (Rennes, 13 déc. 1841, précité.)

5° Reprise d'instance.

451. Si après un abandon momentané de la procédure en divorce les juges ordonnent que l'instance sera reprise, c'est à partir seulement de l'ordonnance portant assignation à comparaître à l'audience que la procédure sera recommencée. Il n'est, en aucune façon, besoin de remonter jusqu'à l'ordonnance portant permission de citer, il y aurait violation de l'article 242 dans la décision qui admettrait les parties à comparaitre de nouveau à huis clos sur des faits nouveaux. — (Turin, 20 juin 1807, S. et P. chr.) — Mais lorsqu'il y a eu un abandon complet de la procédure par les époux, par exemple un abandon dont il pourrait resulter une fin de non-recevoir, qu'on pourrait induire d'une convention passée entre les époux stipulant et organisant une séparation de fait, l'époux demandeur primitivement, qui se base sur la nullité d'une

telle convention pour demander à nouveau la séparation de corps ou le divorce, doit recommencer toute la procédure *ab initio*. — (Turin, 20 juin 1807, S. et P. chr.)

452. L'article 242 n'est pas applicable à la séparation de corps en tant qu'il règle les formes dans lesquelles le demandeur doit exposer ses griefs. Cette partie de la procédure est reglée pour la séparation de corps par l'article 819 du Code de procédure civile.

6° Comparution du défendeur.

453. Comme nous venons de le voir, l'article 242 s'occupe spécialement de déterminer le rôle et l'étendue des droits du demandeur dans l'audience à huis clos de l'article 241; ces textes sont complétés par l'article 243, que le législateur a plus particulièrement consacré au défendeur.

« Si le défendeur comparaît en personne ou par un fondé de pouvoir, il pourra proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur, et sur les témoins par lui nommés. Le défendeur nommera, de son côté, les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels le demandeur fera réciproquement ses observations. »

454. Nous avons vu que le demandeur peut, s'il le juge à propos, ce sont les termes mêmes de l'article 242, se faire assister d'un conseil à l'audience de huis clos; en sera-t-il de même du défendeur? L'article 243 ne dit rien à cet égard, mais il nous paraît logique et équitable d'induire du silence de la loi une égalité qui est dans la nature des choses. Le défendeur doit naturellement avoir autant de chances que le demandeur, on ne peut pas faire sa situation pire ; d'ailleurs, les dispositions de la loi lui sont en général favorables, puisque défaut ne peut pas être prononcé contre lui par les premiers juges. — (Rouen,

17 mars 1808, S. et P. chr.) — Nous pensons toutefois avec cet arrêt que les motifs qui sont de nature à autoriser le défendeur à se faire accompagner d'un conseil à l'audience dans les hypothèses prévues aux articles 241 et suivants ne doivent point être puisés par analogie dans l'article 253 qui s'applique à un tout autre cas, à une autre période de la procédure qui survient après que la demande en divorce a déjà reçu une certaine publicité.

455. Au surplus, le défendeur ou son fondé de pouvoir peuvent, ainsi que nous l'apprend l'article 243, proposer telles observations qu'ils jugent à propos tant sur les motifs de la demande allégués par le demandeur que sur les témoins qu'il a nommés et les pièces qu'il a produites. Enfin, ils peuvent aussi nommer des témoins. L'article 243, dit le défendeur, pourra proposer ses observations, mais quand il s'agit de la désignation des témoins du défendeur, le même article porte que le défendeur *nommera* ses témoins. La première de ces dispositions est donc facultative, tandis que la seconde est impérative. L'inobservation de cette dernière entraînera donc une déchéance qui ne résultera en aucune façon de l'inobservation de la première partie de notre article.

456. De cette différence de caractère entre les deux dispositions de l'article 243 découlent plusieurs conséquences.

D'abord, les parties peuvent proposer leurs reproches contre les témoins qui n'ont été désignés qu'au moment du prononcé du jugement ordonnant les enquêtes jusqu'à l'audition de ces témoins. — (Trib. Bruxelles, 29 mars 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 296.)

457. Mais le défendeur en divorce ne peut, lors de l'audience à huis clos dont parle l'article 241, différer de désigner ses témoins ; il encourt la déchéance par l'omission de remplir cette formalité à ce moment que la loi désigne impérativement, alors du moins qu'aucun cas

de force majeure ne s'opposait à l'accomplissement de cette prescription. — (Bruxelles, 6 avr. 1883, *Pasicrisie belge*, 33. 119.)

Et lorsqu'en première instance le défendeur en divorce n'a posé aucun fait ni désigné aucun témoin, il ne peut être admis à prouver pour la première fois en appel certains faits de nature à atténuer ses torts. — (Bruxelles, 28 févr. 1853, *Pasicrisie belge*, 53. 2. 280, *Belgique judiciaire*, 53. 433.)

458. Enfin, une partie peut renoncer à l'audition d'un témoin après l'avoir désigné conformément à l'article 243 du Code civil, sans que la partie adverse, qui n'a ni désigné ni cité de témoins pour son propre compte, puisse exiger l'audition des témoins que l'autre partie renonce à faire entendre, ni obtenir une prorogation d'enquête qui lui permette d'assigner ce témoin à sa requête. — (Trib. Bruxelles, 10 mai 1844, *Belgique judiciaire*, 44. 846.)

459. En matière de séparation de corps, les dispositions de l'article 243 sont remplacées par les dispositions analogues des articles 252 et suivants et 879 du Code de procédure civile, et tout ce que nous avons dit relativement aux modes de preuves et aux pièces qui peuvent être produites par le demandeur reste applicable.

7° Procès-verbal.

460. L'article 244 est ainsi conçu :

« Il sera dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire. Lecture de ce procès-verbal sera donnée auxdites parties, qui seront requises de le signer; et il sera fait mention expresse de leur signature, ou de leur déclaration de ne pouvoir ou ne vouloir signer. »

Comme on le voit par le texte de cet article, la procédure à l'issue de l'audience à huis clos n'est pas encore arrivée à une période où le tribunal puisse prendre

une décision ; ce ne sera que plus tard, à l'issue de l'audience publique dont parle l'article 245, que l'instruction sera fixée par un jugement, et admettra ou repoussera la demande en divorce suivant le degré de pertinence des faits proposés par le demandeur. Il était donc nécessaire que les dits et contredits des parties fussent dès à présent fixés par un acte ; c'est pourquoi l'article 244 prescrit d'en dresser procès-verbal, afin qu'ils soient définitivement acquis aux débats et puissent servir à l'instruction et au jugement.

461. Nous avons (*suprà*, n. 442, 446, 447 et 449) rangé en principe au nombre des preuves que l'on peut faire valoir en matière de divorce ou de séparation de corps les aveux du défendeur ; mais nous disions que le juge ne devait les admettre qu'avec la plus grande circonspection, parce qu'ils pouvaient cacher un divorce par consentement mutuel. C'est surtout à l'audience de huis clos, si le défendeur y est présent, que les aveux pourront se produire, et sans rien préjuger du compte qu'ils en devront tenir ultérieurement, les juges feront bien de consigner avec soin dans leur procès-verbal les dits et contredits des parties ; à la façon dont ces aveux se seront produits devant eux, il sera, en effet, très facile aux magistrats d'en apprécier la sincérité, de constater la collusion, si elle existe, de voir, au contraire, si l'aveu est involontaire ; dans ce dernier cas, en effet, il pourra n'être pas nécessaire de recourir à un autre mode de preuve. — (Cass., 11 frim. an XIV, S. et P. chr. — *Contrà*, Turin, 25 mess. an XIII, S. et P. chr.)

462. Parmi les dits et contredits que les juges devront enregistrer à l'époque de la procédure à laquelle se réfère l'article 244, il sera donc, avant tout, indispensable de consigner les aveux des parties, et d'ailleurs toutes les circonstances de la cause.— *Contrà*, Turin, 25 mess. an XIII, S. et P. chr.)

463. En ce qui concerne la forme que le procès-verbal

ordonné par l'article 244 doit présenter, l'article 881 du Code de procédure renvoie au Code civil ; mais le Code civil ne contient aucune disposition spéciale à ce sujet. Pour ce qui est de la forme proprement dite, aucune difficulté sérieuse ne peut s'élever. Le procès-verbal de l'audience de huis clos sera rédigé dans la forme ordinaire des plumitifs d'audience; mais la question devient plus délicate quand on se demande où doit être rédigé ce procès-verbal. A défaut de dispositions statuant sur la question au Code civil, l'article 1040 du Code de procédure ordonne d'une façon générale que tous les actes et procès-verbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siège le tribunal.

464. Supposons qu'un président, après l'audience de huis clos, soit rentré chez lui et y ait rédigé le procès-verbal exigé par l'article 244; ce procès-verbal sera-t-il nul?

Nous inclinerions assez à admettre l'affirmative; cependant, en l'absence d'une règle spéciale au titre du divorce qui contient, presque sur tous les points, des exceptions aux principes généraux de la procédure, il semble naturel d'appliquer la règle générale de l'article 1040. On ne saurait, en effet, admettre des exceptions que la loi n'a point spécifiées dans ses textes. D'ailleurs, cette manière de voir semblerait rentrer, autant que possible, dans l'esprit du législateur. Au titre du divorce, la procédure est beaucoup plus rigoureuse que dans les affaires ordinaires. On ne saurait donc, par une dérogation aux règles générales, la rendre plus facile.

465. Le législateur avait sans doute l'intention de déterminer, d'une manière précise, quelle serait la forme dans laquelle les présidents, en matière de divorce, devraient rédiger leurs procès-verbaux, puisque dans l'article 881 du Code de procédure, il renvoie formellement au Code civil. Mais il a omis d'édicter la disposition correspondant à ce renvoi ; de cette intention, manifestée par les auteurs

du Code, il résulte que leur vœu était d'entourer, comme ils l'ont fait pour les autres parties de la procédure, la rédaction du procès-verbal de précautions spéciales. Cette disposition n'a pas été édictée, mais rien n'autorise à profiter de cette lacune pour adopter une solution moins sévère que ne l'est la règle générale. L'article 1040 du Code de procédure devra donc recevoir ici son application, et le procès-verbal de l'audience de huis clos devra être rédigé par le président ou le juge commis au palais de justice.

466. Nous devons cependant reconnaître que la question s'étant posée devant la Cour de Besançon, avant l'abolition du divorce par la loi de 1816, a été résolue par un arrêt de cette Cour, contrairement à l'opinion que nous venons d'émettre ; mais il est à croire que dans la jurisprudence nouvelle, les décisions à venir seront plus conformes à l'esprit de la loi.—(Besançon, 16 août 1811, S. et P. chr.)

467. Après avoir ordonné la rédaction du procès-verbal de huis clos destiné à guider les juges dans la suite de l'instruction de l'action en divorce, le Code civil indique ce qui doit être statué quant à la continuation de la procédure. L'article 244 ne s'applique pas à la séparation de corps.

8° Renvoi des parties à l'audience publique.

468. Le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il fixera le jour et l'heure ; il ordonnera la communication de la procédure au procureur de la République et commettra un rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait pas comparu, le demandeur sera tenu de lui faire signifier l'ordonnance du tribunal, dans le délai qu'elle aura déterminé (art. 245).

Il est évident que si le défendeur comparait en personne, il ne sera pas nécessaire de lui communiquer

l'ordonnance par voie de signification ; il sera suffisamment averti par le prononcé du jugement. Mais l'ordonnance devra toujours lui être signifiée au cas où il serait défaillant, non pas dans le délai de la loi, mais dans le délai déterminé par le tribunal lui-même. Cette dernière disposition est le pendant, avec plus de précision pour la procédure devant le tribunal, de l'état de choses créé par l'article 238 pour la procédure devant le président. Les raisons de ces deux dispositions sont identiques ; nous n'avons donc, pour justifier la disposition finale de l'article 245, qu'à renvoyer aux motifs que nous avons exposés plus haut, n° 246.

469. Dans le projet du Code civil, ce délai était déterminé d'avance. Le Conseil d'État l'avait fixé d'une manière uniforme à vingt-quatre heures pour la signification de l'ordonnance. Dans l'esprit du législateur, le délai de la signification de l'ordonnance doit donc être aussi bref que possible ; mais il pouvait être imprudent, au point de vue des chances même de conciliation qui ont encore fait ordonner le huis clos pour cette première audience, de déterminer ce délai d'une manière invariable. Et puis, comme on le fit observer au Tribunat, il valait mieux laisser ce tribunal seul juge pour tenir tel compte que de besoin de la distance des lieux, du temps nécessaire pour l'expédition et l'enregistrement, etc. C'est donc sur les observations du Tribunat que le délai de comparution en audience publique fut laissé à la sagesse des juges.

470. Nous avons vu dans les précédentes phases de la procédure, à l'article 240 (*suprà*, n. 389 et suiv.), que le rapport sur la demande en divorce devait être fait par le président ou le juge commis, et non par un autre, parce que c'était lui qui, ayant eu pour mission de diriger la procédure d'introduction de l'instance et de conciliation, était seul à même de renseigner le tribunal sur la demande en divorce qui lui était présentée. Relativement à l'article

245, une question analogue peut se poser; le juge, après avoir entendu les parties et leurs conseils à huis clos, dresse procès-verbal de l'audience, etc., commet un rapporteur et renvoie les parties en audience publique. Or, nous verrons (*infrà*, n. 497 et suiv.), quand nous nous occuperons de la disposition spéciale contenue dans l'article 247, que sur le rapport du juge, le ministère public entendu, le tribunal statuera au fond. Le tribunal qui statuera à cette seconde audience devra-t-il être composé de la même façon qu'à l'audience précédente, dont il est parlé à l'article 245, et notamment le juge rapporteur, commis en vertu de cet article, devra-t-il forcément siéger à l'audience où le tribunal statuera sur le fond? Nous croyons qu'il faut faire, à cet égard, plusieurs distinctions.

471. D'abord, pour tout ce qui concerne les juges autres que le rapporteur, nommé en exécution de l'article 245, il semble naturel de décider qu'en matière de divorce, aucune disposition du Code civil n'exigeant que les juges qui ont ordonné une enquête la reçoivent eux-mêmes, il ne sera en aucune façon nécessaire que le tribunal soit composé à l'audience publique de la même manière qu'à l'audience de huis clos. Quant à ce qui concerne le rapporteur, sa situation peut changer suivant les deux phases qui peuvent se présenter à l'audience publique.

472. Le tribunal statuera à cette audience sur l'admissibilité des faits présentés par ce demandeur en sa requête et développés par lui à l'audience de huis clos; il va de soi que jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur ce point, la présence du juge rapporteur, dont la fonction n'a d'autre objet que d'éclairer les juges à cet égard, sera strictement nécessaire : cela ne peut faire de doute.

473. Après avoir statué sur l'admissibilité de la demande, les juges peuvent dans la même audience, si la demande est admissible, statuer sur le fond. Une autre décision interviendra, soit pour continuer l'instruction, soit pour juger

l'affaire, si elle est considérée par le tribunal comme suffisamment instruite. Il nous semble que dans cette nouvelle phase la présence du juge rapporteur, nommé en exécution de l'article 245, n'est plus nécessaire. Son rapport ne portait que sur la pertinence des faits et sur l'admissibilité de la demande ; la demande une fois admise ou rejetée, il peut considérer sa mission comme absolument terminée. —(*V.* à cet égard, Liège, 27 janv. 1864, *Pasicrisie belge*, 64. 2. 389, *Belgique judiciaire*, 64. 300.)

9° Comparution à l'audience publique. — Débats.

474. On peut dès à présent considérer l'instruction comme définitivement commencée ; les parties ont été entendues en audience à huis clos contradictoirement, si le défendeur s'est présenté en personne ou par fondé de pouvoir ; les voilà maintenant renvoyées en audience publique. On considère, dès lors, la conciliation comme impossible ; les époux ont passé par toutes les épreuves, tous les obstacles que le législateur a soigneusement édifiés pour empêcher la demande en divorce d'aboutir ; il est reconnu que le demandeur est inflexible, la loi lui donne les moyens de continuer son action. Mais cette action est encore loin, dans la plupart des cas, de toucher à sa fin ; lisons l'article 246 :

« Au jour et à l'heure indiqués, sur le rapport du juge commis, le procureur de la République entendu, le tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée ; dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fins de non-recevoir, la demande en divorce sera admise. » — (Art. 246.)

475. Nous avons étudié (*suprà*, p. 136 et suiv.) les fins de non-recevoir qui peuvent être proposées en matière de divorce et de séparation de corps. Il est essentiel, quand les motifs sur lesquels repose une fin de non-

recevoir existaient à cette époque de la procédure, qu'elle soit proposée. Dans certains cas même, dont le juge est le seul appréciateur, elles pourront être proposées d'office.

Par exemple, lorsqu'en matière de divorce, la femme défenderesse fait défaut, les tribunaux peuvent, dans son intérêt, proposer d'office les fins de non-recevoir dont elle aurait pu exciper. — (Trib. Anvers, 19 avr. 1866, *Belgique judiciaire*, 66. 827.)

476. Il est important de remarquer que si l'on s'en rapporte aux derniers mots de l'article 246, il semble qu'il s'agit bien dans l'espèce d'une décision sur le fond. Mais non, jusqu'à présent le débat ne peut porter que sur la pertinence des faits et l'admissibilité de la demande; si le texte n'est pas à cet égard d'une lucidité parfaite, les travaux préparatoires ne peuvent, eux, laisser aucun doute sur la question. Voici ce que disait à ce sujet Portalis, au Conseil d'État, dans les discussions préliminaires : « Le tribunal est *obligé* de délibérer » d'abord sur les fins de non-recevoir qui peuvent être » proposées; mais cette délibération n'a rien de commun » avec celle sur le fond de la contestation. Ces fins de » non-recevoir sont celles qui écartent la demande sans » en permettre l'examen. Après le jugement de fins de » non-recevoir, vient la question de savoir si la demande » est bien ou mal fondée. »

Il y a donc deux jugements bien distincts, et la jurisprudence à cet égard est d'une grande sévérité. Il a été jugé que la décision même qui déclare les faits non pertinents est nulle, si elle n'a pas été précédée d'un jugement d'admission. — (Cass., 18 frim. an XIV, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 470, 3°; Paris, 27 mars 1813, S. et P., chr., D. *Rép.*, *loc. cit.*)

477. Il n'échet donc de statuer sur la pertinence des faits servant de base à une demande en divorce avant le jugement d'admission. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Pasi-*

cruie belge, 58. 2. 342; *Belgique judiciaire*, 58. 1060. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect. IV, § XIII, n. 1. — Pau, 27 mars 1813, S. et P. chr. — Cass., 18 frim. an XIV, S. et P. chr.)

478. De ce que l'article 246 exige que les juges statuent d'abord sur les fins de non-recevoir, il n'en résulte point que les fins de non-recevoir doivent être nécessairement proposées à l'époque de la procédure à laquelle se refère ce texte. Nous avons vu qu'il existe des exceptions d'ordre public que l'on peut proposer en tout état de cause, comme celle de réconciliation, prévue par l'article 272 (V. *suprà*, p. 157 et suiv.). Il en est d'autres, au contraire, comme l'incompétence, qui ne peuvent être proposées qu'au début de l'instance, *in limine litis*. (V. *suprà*, pour la détermination du tribunal compétent, *ratione loci* et *ratione materiæ*, p. 119 et suiv.). Mais il est bon de se demander ce qu'on doit entendre par le début de l'instance en matière de divorce. Nous avons déjà eu l'occasion de résoudre cette question quand nous nous sommes demandé à quel moment de la procédure on pouvait considérer l'instance comme introduite (p. 271), et nous avions déjà vu par anticipation une application de ces principes à la page 121. On doit considérer comme introduite l'instance dont le président est saisi par le demandeur au moyen de la requête; la compétence du président acceptée, expressément ou tacitement, par le défendeur en pareil cas lie le tribunal, au point que si le domicile conjugal vient à changer, l'action n'en devra pas moins continuer devant le tribunal dont faisait partie le juge conciliateur; il en résulte que, lorsque l'on dit que la fin de non-recevoir tirée de l'incompétence doit être proposée *in limine litis*, cela veut dire au moment même où le défendeur est touché par la citation à comparaître devant le président du tribunal en conciliation. Nous ne nous étendrons point davantage sur cette question que nous avons déjà traitée avec les détails qu'elle comporte (*suprà, loc. cit.*). Seulement, aux arrêts déjà cités au paragraphe qui traite de la com-

pétence, ajoutons, comme conséquence des principes que nous rappelons, les arrêts qui décident que l'incompétence des tribunaux français pour connaitre des demandes en séparation de corps entre étrangers ne peut être proposée après un jugement interlocutoire sur les faits à prouver. — (Metz, 10 juill. 1849, S. 50. 2. 275. — Paris, 13 févr. 1858, S. 58. 2. 72, P. 50. 444.)

479. Au surplus, les fins de non-recevoir sur lesquelles les juges doivent d'abord statuer en audience publique, aux termes de l'article 240, ne comprennent pas seulement les fins de non-recevoir tenant au fond du droit, que nous avons déjà étudiées et qui doivent faire rejeter complètement une action, mais encore celles que l'on désigne généralement sous le nom d'exceptions et qui ne concernent que la nullité ou le règlement de la procédure.

Ainsi, c'est avant le jugement sur l'admissibilité du divorce que doivent se produire les contestations concernant la recevabilité des pièces et documents produits par le demandeur. — (Trib. Anvers, 8 août 1874, *Belgique judiciaire*, 76. 1261, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 77-76. 802.)

480. Après s'être prononcé sur les fins de non-recevoir proposées, le tribunal doit statuer sur l'admissibilité de la demande.

L'appréciation de la pertinence des faits de nature à motiver la séparation de corps ou le divorce rentre dans le domaine exclusif des juges du fond. Leur pouvoir d'appréciation à cet égard est souverain et leur décision ne peut donner ouverture à cassation. — (Cass., 24 nov. 1851, S. 51. 1. 721, P. 52. 1. 524 ; 18 janv. 1881, S. 81. 1. 209, P. 81. 1. 508. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 306, n. 2 ; Le Senne, *Séparation de corps*, n. 333 et 351.)

Il faut prendre les faits articulés dans la requête en

divorce, non pas isolément, mais dans leur ensemble, pour en déterminer la pertinence.

Il y a lieu de prendre en considération les violences morales. Les faits articulés pouvant être plus ou moins graves suivant les circonstances, il faut tenir compte, comme nous l'avons déjà dit dans l'appréciation des causes de divorce (*suprà*, n. 36 et suiv.), du milieu social, du degré d'instruction et d'éducation ainsi que des habitudes de vie des parties en cause. — (Liège, 2 mai 1864, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 17, *Belgique judiciaire*, 64. 1377.)

481. Doivent être déclarés pertinents des faits articulés pour établir la réalité des causes qui pourraient déterminer le juge à n'avoir à la déposition de certain témoin que tel égard que de raison. On sait, au surplus, que des faits nouveaux ne peuvent être formulés pour la première fois en degré d'appel. — (Bruxelles, 18 juill. 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 182.)

482. En matière de divorce, on ne doit pas repousser comme inadmissible pour défaut de précision, quant à leur date, l'offre de preuve des faits posés, s'il n'a pas été possible d'indiquer la date de chacun de ces faits, et s'ils sont d'ailleurs articulés avec une précision suffisante pour que la partie adverse puisse les reconnaître et les combattre par la preuve contraire. — (Bruxelles, 18 juill. 1882, *Pasicrisie belge*, 82. 2. 182.)

10° Faits nouveaux.

483. En principe, ainsi que nous l'avons dit (*suprà*, n. 61 et suiv.), les seuls faits dont le demandeur puisse se prévaloir devant le tribunal sont ceux qu'il a déjà énumérés dans sa requête introductive d'instance; il ne serait pas recevable à proposer au cours de la procédure des faits nouveaux, dont il n'aurait pas donné le détail dans cette requête. (V. *suprà*, n. 234). — Ce sont donc seulement les

griefs articulés dans la requête introductive et développés à l'audience à huis clos dont les juges auront à apprécier la portée; mais il pourrait néanmoins se faire que de nouveaux faits se présentent qui ne seraient, à proprement parler, que la continuation des anciens, qu'ils viendraient simplement corroborer. Dans ce cas, nous pensons qu'on ne pourrait point considérer de tels faits comme nouveaux à proprement parler, et que dès lors les juges à l'audience publique pourraient se prononcer valablement sur la pertinence et le caractère de faits de cette nature. C'est ainsi qu'il a été jugé à diverses reprises que l'époux demandeur peut se prévaloir des faits non articulés dans la requête, s'il n'en a eu connaissance qu'après qu'il l'a formée ou lorsqu'ils sont survenus postérieurement. — (Cass., 28 mai 1807, S. et P. chr. — Bruxelles, 4 therm. an XIV, S. et P. chr., D. A. 11. 936. — Besançon, 9 avr. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 891. — Metz, 8 juill. 1824, S. et P. chr. — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 600; Carré et Chauveau, t. 3, n. 2966; Vazeille, t. 2, n. 582; Demolombe, t. 4, n. 482; Aubry et Rau, t. 5, p. 191, § 493; Laurent, t. 3, n. 330; Massol, p. 183; Le Senne, n. 290 et 291. — *Contrà*, Riom, 18 niv. an XIII, S. et P. chr. — Paris, 14 mars 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 237.)

484. Il était d'ailleurs très utile d'admettre ce tempérament. Le rejet systématique des faits nouveaux, quand même ils ne seraient que le complément de ceux déjà exposés dans la requête, pouvait, en effet, favoriser des abus. Il n'est point dans le vœu de la loi de faciliter les divorces. Or, s'il était par trop facile de faire passer pour des faits nouveaux des faits qui, en réalité, ne sont que ceux de la requête présentés sous un autre jour ou que l'on ne doit équitablement considérer que comme corollaires des anciens, on verrait continuellement des individus se désister au milieu d'une action dont ils ne seraient pas sûrs pour en intenter une nouvelle, mieux armés et assurés du succès. Aussi a-t-il, été décidé, avec raison suivant nous, que, lorsqu'en matière de divorce,

toutes les formalités préalables ont été remplies, que la demande a été contradictoirement admise par un jugement définitif suivi d'un débat sur la pertinence des faits, à l'égard de laquelle le jugement clôt les débats, il n'y a plus qu'à statuer après avoir entendu le ministère public.

Dans cet état de la procédure, le défendeur a un intérêt incontestable à s'opposer au désistement du demandeur, alors surtout que ce désistement n'a lieu que pour donner naissance à une nouvelle action en divorce fondée sur plusieurs faits anciens et corroborée de faits nouveaux autres que ceux compris dans la requête introductive d'instance. — (Gand, 13 mars 1869, *Pasicrisie belge*, 69. 2. 181, *Belgique judiciaire*, 66. 581. — V. *infrà*, n. 519-520. 533.)

485. D'ailleurs, le tribunal devra se tenir strictement sur ses gardes contre toutes les manœuvres qui, grâce à la complication de la procédure en cette matière, ne manqueront pas de se produire des deux côtés de la barre, soit pour faire admettre, soit pour faire échouer la demande. Une des plus communes en Belgique, c'est celle qui consiste, de la part du défendeur, à dénoncer devant la juridiction répressive un délit du demandeur, soit l'adultère, soit un autre délit plus ou moins facile à prouver, mais qui, par sa nature et l'éventualité d'une condamnation, pourrait être au besoin considéré comme une injure ou un sévice, de nature à établir une certaine atténuation des torts du défendeur ou à lui permettre éventuellement de former une demande reconventionnelle.

Ainsi, lorsque la femme est demanderesse en divorce du chef de sévices et injures graves, et que le mari l'a dénoncée du chef d'adultère, le tribunal ne doit pas surseoir à statuer sur la pertinence des faits articulés par la femme, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la dénonciation du mari. — (Trib. Bruxelles, 14 juin 1863, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 64-65. 576 et 577.)

486. On doit encore décider pour les mêmes motifs qu'il n'y a lieu d'avoir égard, avant le jugement qui admet la demande en divorce, aux conclusions de la partie demanderesse tendant à ce que son action soit jugée au fond, ni à celles de la partie défenderesse concernant soit la pertinence des faits articulés par l'autre partie, soit la recevabilité des preuves qu'elle offre elle-même. — (Trib. Anvers, 8 août 1874, *Belgique judiciaire*, 76. 1261, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 76-77. 802.)

Au surplus, le jugement qui déclare inadmissible une demande reconventionnelle en divorce ne fait pas obstacle à ce que le défendeur interpelle les témoins sur les faits qu'il alléguait comme base de sa demande écartée.— (Trib. Bruxelles, 21 avr. 1853, *Belgique judiciaire*, 53. 815.)

487. Une question très intéressante peut encore se poser sur l'admissibilité de la demande en divorce.

Quelle sera, sur la décision à intervenir dans l'hypothèse de l'article 246, l'influence d'une erreur dans la qualification, par le demandeur en divorce ou en séparation de corps, des faits qu'il aura invoqués dans sa requête introductive d'instance, ainsi qu'à l'audience contradictoire qui précède l'audience publique ? Les juges devront-ils tenir compte de cette erreur de qualification et rejeter la demande, ou devront-ils passer outre et admettre cette demande si le grief de l'époux demandeur, quelque nom, d'ailleurs, que ce dernier lui donne, est par lui-même d'une gravité suffisante pour faire prononcer le divorce s'il est prouvé ? Cela revient à se demander si les faits invoqués par le demandeur, dans sa requête introductive d'instance et devant le tribunal à huis clos, doivent nécessairement, pour être déclarés pertinents par le tribunal siégeant en audience publique, être examinés en eux-mêmes, ou s'ils devront plutôt rentrer dans une des catégories déterminées par la loi.

488. Un arrêt de la Cour de Colmar du 9 décembre

1807, S. chr., a jugé que la demande en divorce pour cause d'injures graves ne peut être admise, bien qu'il y ait preuve d'adultère, si d'ailleurs il n'existe pas d'autres faits qui puissent caractériser une injure grave, et que l'adultère, quoiqu'ayant le caractère d'une injure grave, exige une procédure à part, parce qu'il est à lui seul une cause de divorce. La doctrine de cette Cour peut s'expliquer par les motifs suivants : dès que le demandeur n'a pas cru devoir baser son action sur l'adultère, il n'a pu non plus valablement, pour justifier son allégation d'injures graves, provoquer à la preuve des faits d'adultère, puisque ce délit comporte une autre action que celle qui a pour cause l'injure grave, et dont les effets et les conséquences sont aussi différents. L'adultère est une injure réelle, très grave; mais le législateur en a fait une cause particulière de divorce en la distinguant formellement de celle de l'injure grave. Dès lors, les preuves qui peuvent servir à établir la première cause de divorce ne peuvent convenir à la seconde, lorsque c'est cette dernière qui forme le fondement de la demande en divorce.

489. Cette doctrine ne nous paraît pas admissible. Que les textes qui prévoient l'adultère et ceux qui prévoient l'injure grave soient différents, nul ne le conteste; que ces deux causes entraînent des effets différents, plus graves dans le cas d'adultère qui entraîne la prison, c'est vrai. Mais qui peut le plus peut le moins; il ne faut pas oublier que le mari est seul juge du tribunal domestique, qu'il peut faire grâce, qu'il peut aussi demander le divorce pour cause d'adultère. Or, s'il veut simplement rompre les liens du mariage, pourquoi sera-t-il obligé de choisir un motif qui, s'il est admis, entacherait son nom et celui de ses enfants d'une indélébile souillure? — D'ailleurs, la doctrine de l'arrêt de la Cour de Colmar contient en outre une pétition de principe, une contradiction et une erreur. — Une pétition de principe, parce que, en disant que le mari qui ne demande pas le divorce pour adultère ne peut prouver un fait de cette nature pour établir l'injure grave, on juge la

question par la question ;—une erreur, parce que les modes de preuves pour l'une et l'autre cause de divorce, admis au civil, sont exactement identiques et ne diffèrent que devant la juridiction pénale qui pourrait tout au plus fournir une analogie ;—une contradiction, car la décision que nous attaquons ne nie pas que l'adultère ne soit une injure ; la jurisprudence l'a reconnu depuis longtemps, avant la suppression des derniers mots de l'article 230, quand la femme demandait la séparation de corps pour adultère du mari en dehors de la maison commune. Or, si l'adultère est une injure, il peut être prouvé comme tel.

11° Appel. — Opposition.

490. Peut-il être interjeté appel du jugement qui admet une demande en divorce ou en séparation de corps? La question doit être, croyons-nous, résolue affirmativement.

Il peut être interjeté appel du jugement qui admet le divorce ou la séparation de corps. Cet appel pourrait être valablement fondé sur ce que le jugement qui déclare les faits pertinents les exposerait d'une manière vague et amphigourique, alors qu'au contraire, ces faits seraient dans la requête exprimés d'une manière claire et précise. — (Dijon, 11 févr. 1819, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 305.)

491. Une question beaucoup plus délicate est celle de savoir si, dans un cas où le défendeur ne comparaît point ou ne conclut point dans l'hypothèse prévu par l'article 246, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de statuer sur l'admissibilité de la demande et la pertinence des faits, il pourrait faire opposition au jugement interlocutoire prononcé par défaut dans ces circonstances. Nous avons vu (*suprà*, n. 453 et suiv.), à propos de l'audience préparatoire qui se tient à huis clos pour le débat contradictoire entre les parties et le développement de la demande, que, si à ce moment le défendeur ne comparaissait pas, il ne pourrait être donné défaut contre

ui (V. *suprà*, n. 417); en est-il de même dans le cas de l'article 246? — Non, dans l'article 242, il n'y avait pas même de jugement préparatoire. L'audience à huis clos dont parle cet article se termine purement et simplement par la rédaction du procès-verbal des dits et contredits des parties destiné à guider plus tard le juge chargé de présider à l'instruction; mais il n'y a pas de décision à proprement parler, pas de condamnation à encourir par défaut ou non. Il n'en est pas de même dans l'hypothèse de l'article 246; ici l'audience se termine par un jugement. — Dans cette hypothèse, si le défendeur ne comparait pas ou ne conclut pas, il peut naturellement être donné défaut contre lui. Aura-t-il une voie de recours quelconque contre les jugements qui le condamnent et qui statuent sur l'admission de la demande et la pertinence des faits?

Nous croyons qu'on peut répondre ici d'une façon générale que, en matière de divorce, les jugements rendus par défaut, en première instance, ne sont pas susceptibles d'opposition. — (V. *infrà*, n, 656 et suiv. — Gand, 13 août 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 8. — V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 3, p. 274 et 287, n. 229 et 245; Arntz, *Cours de droit civil*, t. 1, p. 222; Villequet, *du Divorce*, p. 172. — Cass. belge, 29 févr. 1840, (motifs, *Pasicrisie belge*, 1840, 1, 307.) — L'arrêt de Gand du 13 août 1883 est particulièrement bien motivé.

« Attendu, dit-il, qu'aux termes des art. 246 et 247 du Code civil, le juge doit se borner à statuer sur les fins de non-recevoir et admettre la demande en divorce si les fins de non-recevoir proposées ne sont pas trouvées concluantes ou s'il n'en a pas été proposé;

« Attendu que l'appelant, en soutenant la non-pertinence des faits allégués par l'intimée, a soulevé une fin de non-recevoir qui tient essentiellement au fond de la contestation, dont l'examen n'est autorisé qu'après le jugement admettant la demande en divorce;

« Attendu que le Code civil a réglé par une législation spéciale la procédure en matière de divorce, et qu'elle a été expressément maintenue par l'article 881 du Code de

procédure civile; que les dispositions de ce dernier code ne sont applicables au divorce lorsqu'elles ne peuvent se concilier avec l'économie de cette législation spéciale;

« Attendu qu'il ressort clairement du texte de l'art. 263, de sa combinaison avec l'article 265, que les jugements rendus par défaut en première instance ne sont pas susceptibles d'opposition;

« Attendu que ces dispositionsont été édictées sous l'empire des règles de l'ordonnance organique de 1667, suivies alors en France pour la procédure, et qui n'admettaient aucune autre voie de recours que l'appel contre les jugements soit par défaut, soit contradictoires, rendus en première instance;

« Attendu que l'art. 455 du Code de procédure civile est donc sans application au cas où le jugement n'est pas susceptible d'opposition; qu'il s'ensuit que l'appel a été interjeté dans le délai utile;

« Attendu que le jugement du 16 juin, qui admet l'intimée à la preuve des faits par elle articulés, a le caractère d'un jugement interlocutoire;

« Attendu qu'à l'époque où fut voté par le Conseil d'État le titre *du Divorce*, la loi du 3 brumaire an II, qui était alors en vigueur, n'admettait pas l'appel des jugements préparatoires ou interlocutoires tels que le Code les définit aujourd'hui;

« Attendu que le législateur qui a réglé la procédure spéciale du divorce s'est aussi préoccupé des voies de recours à exercer contre les jugements et a déclaré quels jugements sont susceptibles d'appel;

« Que le Code de procédure civile, édicté après le titre premier du Code civil, loin de déroger à la procédure spéciale du divorce, y renvoie, au contraire, par son article 881; qu'on ne peut donc recourir aux dispositions générales de ce code pour suppléer aux règles de procédure tracées au titre *du Divorce*, alors surtout que pour le cas de l'espèce le droit d'appel a été formellement réglementé;

« Attendu, en effet, que l'article 262 du Code civil, les

travaux préparatoires auxquels il a donné lieu, les nombreux changements apportés à sa rédaction avant son adoption par le Conseil d'État, l'interprétation constante donnée à cet article par les cours de justice immédiatement après sa mise en vigueur, notamment en France, jusqu'à la suppression du titre *du Divorce*, établissent que dans l'esprit du législateur, cet article doit recevoir une interprétation restrictive; que, partant, en matière de divorce, les jugements d'admission de la demande et définitifs, à l'exclusion des jugements interlocutoires, sont seuls susceptibles d'appel;

« Attendu que les degrés de juridiction sont d'ordre public, qu'il incombe donc au juge de déclarer d'office la non-recevabilité de l'appel interjeté du jugement interlocutoire rendu le 16 juin 1883, etc. »

12° Exécution provisoire.

492. Le jugement statuant sur la pertinence des faits et l'admissibilité de la demande est-il exécutoire par provision nonobstant appel ?

Non ; et s'il en était ainsi, l'appelant pourrait obtenir, en vertu de l'article 459 du Code de procédure, des défenses à l'exécution provisoire qui aurait été ainsi ordonnée en dehors des cas expressément prévus par le législateur. Les motifs qui empêchent le jugement rendu à l'issue de l'audience publique, dont il est question dans l'article 246, d'être exécutoire par provision, sont d'ailleurs les mêmes que ceux pour lesquels le juge doit statuer avant toute décision au fond sur les fins de non-recevoir qui lui sont proposées; il importe également que le droit d'appel qui est formellement accordé contre tous les jugements statuant en matière de divorce ne soit pas une illusion.

Le Code de procédure, article 881, renvoie purement et simplement au Code civil pour la procédure en divorce; c'est donc au Code civil seul qu'on doit se conformer en

cette matière. L'article 135 du Code de procédure ne saurait être invoqué ici, alors surtout que, dans son article 262, le Code civil réserve expressément le droit d'appel. — (Bruxelles, 16 juill. 1877, *Pasicrisie belge*, 77. 2. 33.)

493. La même Cour, dans un arrêt plus récent du 8 août 1882 (*Pasicrisie belge*, 83. 2. 58), adopte encore la même décision, mais par d'autres motifs tirés des principes généraux de la matière et de l'intention évidente du législateur d'accumuler les obstacles et les lenteurs devant l'action en divorce. L'article 262, qui consacre expressément le droit d'appel, est une des manifestations de cet esprit général de la loi, et rendre en cette matière la décision exécutoire par provision, nonobstant appel, ce serait évidemment méconnaître le caractère le plus saillant des principes qui régissent toute la procédure en divorce dans toutes ses phases, à toutes ses époques, et aller à l'encontre du but que le législateur s'est proposé. — (V. *infrà*, n. 513.)

13° Admission. — Appointement de preuve.

494. Art. 247. — « Immédiatement après l'admission de la demande en divorce, sur le rapport du juge commis, le procureur de la République entendu, le tribunal statuera au fond. Il fera droit à la demande, si elle lui paraît en état d'être jugée ; sinon, il admettra le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire. »

495. D'après ce qui résulte de ce texte et des observations que nous avons présentées à propos de l'article 246, le tribunal peut prendre trois partis : ou admettre la demande, ou la rejeter, ou enfin, et c'est à ce dernier parti qu'il s'arrêtera presque toujours, il pourra admettre la preuve

des faits articulés, bien entendu lorsqu'ils seront pertinents.

496. Nous avons déjà examiné dans les numéros qui précèdent les cas d'admissibilité ou d'inadmissibilité de la demande, suivant que le juge déclare ou non les faits pertinents, suivant qu'il admet ou non les fins de non-recevoir que le défendeur oppose. Rappelons seulement que nous avons étudié aussi (*suprà*, n. 490 et suiv.) la question de savoir s'il pouvait être interjeté appel du jugement qui admet ou repousse les faits articulés, en matière de séparation de corps ou de divorce. Remarquons à ce propos les premiers mots de l'article 247 : *Immédiatement après l'admission de la demande en divorce...* le tribunal statuera sur le fond. Ces mots n'indiquent pas suffisamment que l'appel interjeté sur le jugement d'admission n'est pas suspensif. L'article 449 du Code de procédure est applicable à ce cas ; telle est du moins notre opinion ; elle est combattue par M. Villequet (*du Divorce*, p. 151).

497. Mais nous sommes sur ce point en accord complet avec la jurisprudence belge, qui décide que le jugement admettant une demande en divorce ne peut être déclaré exécutoire par provision. — (Bruxelles, 8 août 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 58.)

498. En tous cas, nous ne croyons pas qu'il faille attacher d'autre importance au mot *immédiatement* qui commence l'article 247. S'il fallait, par exemple, que le tribunal statue dans la même audience sur les fins de non-recevoir, l'admissibilité de la demande et le fond ou la continuation de l'instruction, les articles 247, 249, 250 et 252 du Code civil seraient d'une application impossible dans la pratique. Aussi a-t-il été jugé qu'après l'admission de la demande et l'autorisation de fournir la preuve des faits allégués, le tribunal peut, sans contrevenir aux articles précités, renvoyer la cause à une autre audience. — (Liège, 29 juill. 1812, S. et P. chr.)

499. Il nous reste maintenant deux cas à examiner d'abord celui où, après l'examen des pièces et l'audition des parties à huis clos tels qu'ils résultent du procès-verbal dressé à l'issue de l'audience à laquelle il a été procédé à ces formalités, ils semblent aux juges suffisants pour prononcer le divorce sans recourir à un supplément d'instruction.

Ensuite, nous étudierons le cas où, après avoir déclaré les faits articulés par le demandeur suffisamment précis et pertinents, le juge en ordonne la preuve.

500. Si les faits produits par le demandeur à l'audience de huis clos et les pièces versées par lui au débat à l'appui de ces faits, le tout corroboré des aveux du défendeur, paraissent suffisamment probant que le procès-verbal de l'audience de huis clos n'offre aucune obscurité à cet égard, le juge, après avoir déclaré dans le premier jugement, en audience publique, la demande admissible, pourra dans le second donner gain de cause au demandeur, sans autre instruction que celle déjà faite.

501. Il semble qu'après toutes les précautions déjà prises dans la procédure antérieure, comme dans les comparutions jusqu'à présent multipliées des parties, les rapports et les procès-verbaux dressés, le ministère public entendu dans la plupart des cas, l'action en divorce devra s'arrêter là.

Ce serait une erreur ; ou du moins la jurisprudence ancienne, comme celle des pays voisins qui ont conservé le divorce, se montre au contraire d'une extrême sévérité et d'un grand formalisme à cet égard, et nous ne saurions l'en blâmer.

502. Il est très rare qu'un procès en divorce soit jugé dans l'audience qui suit le jugement d'admission ; et cela se comprend, la décision à intervenir dans ce cas, si elle n'ordonne pas un supplément d'instruction, ne pourra intervenir que dans un sens, dans le sens du demandeur. Puisque le législateur a voulu que les juges sta-

tuassent à part et en premier lieu sur le rejet de la demande, ce ne sera donc qu'avec une prudence infinie, devant des preuves écrites irréfragables, que le tribunal, une fois la demande admise, pourra donner gain de cause au demandeur.

503. Il est pourtant des cas où la lumière sera d'une telle évidence qu'il ne pourrait passer outre sans manquer à tous ses devoirs. — (Bruxelles, 25 juin 1867, *Pasicrisie belge*, 67. 2. 350.)

Par exemple, lorsque la preuve d'un fait en matière de divorce (dans l'espèce, l'adultère) résulte de la production d'un jugement ou d'un arrêt, il serait frustratoire d'ordonner encore, pour établir le même fait, des preuves ultérieures. — (Trib. Bruxelles, 10 févr. 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 1443.)

504. Le jugement intervenant sur le procès-verbal de huis clos, lorsque les faits sont suffisamment prouvés, ne doit pas nécessairement détailler ces faits; il suffit que les juges déclarent que la preuve leur en est acquise. — (Bruxelles, 12 mess. an XII, S. et P. chr.)

505. Mais, dans la plupart des cas, il n'en sera pas ainsi; le tribunal, après avoir admis la demande, admettra, ainsi que le prescrit l'article 247, le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire. Il est évident que la preuve dont il s'agit ici est la preuve par témoins. Les pièces ont déjà été examinées dans l'instruction secrète à laquelle se réfère l'article 241 que nous avons étudiée *suprà*, n. 430 et suiv., et à propos de laquelle nous avons d'ailleurs énuméré tous les genres de preuve qui pourraient être produits en matière de divorce.

506. Nous verrons plus loin les formes de l'enquête; quant à présent, nous n'avons à nous occuper que du point de savoir sur quoi doit porter cette enquête. La jurispru-

dence ne laisse aucun doute à ce sujet. Les parties ne peuvent être admises qu'à la preuve et à la preuve contraire des faits articulés devant le tribunal et reconnus par lui pertinents. — (Bruxelles, 24 juill. 1867, *Belgique judiciaire*, 68. 1238.)

507. Occupons-nous d'abord de la preuve à fournir par le demandeur, nous verrons ensuite ce qui concerne la preuve contraire sur laquelle le défendeur peut à son tour faire entendre des témoins.

Nous venons de dire que la preuve testimoniale devait porter, soit en demandant, soit en défendant, sur les faits retenus comme pertinents par le tribunal. Il en résulte : 1° qu'il y a lieu de rejeter du débat la déposition qui ne porte que sur des faits autres que ceux dont la preuve a été autorisée.

Ainsi, lorsqu'un mari est admis à prouver que sa femme a commis un adultère avec un individu dénommé, il ne peut faire usage de dépositions n'ayant aucun rapport avec cet individu. — (Bruxelles, 20 mars 1867, *Belgique judiciaire*, 68. 1238.)

508. 2° Que les conclusions tendant au divorce prises par le mari, et qui ne rapportent pas la preuve des faits à laquelle il a été admis, ne peuvent être adjugées. — (Trib. Bruxelles, 10 févr. 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 1443.) — Mais si la plupart des faits articulés dans une demande en divorce sont précis et concluants, il importe peu que quelques-uns de ces faits soient moins pertinents et moins précis ; le tribunal n'en pourra pas moins ordonner la preuve des uns et des autres, si les faits reconnus pertinents peuvent être utilement corroborés par ceux qui le sont moins. — (Gand, 12 avr. 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 242, *Belgique judiciaire*, 58. 597.) — De même, la circonstance que le demandeur n'aurait pu déterminer la date des faits articulés dans la demande d'une façon absolument précise n'empêcherait pas la preuve de ces faits de pouvoir être admise, si, par leur nature et les

circonstances où ils se sont produits, ils sont nécessairement reconnaissables par le défendeur. — (Bruxelles, 18 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 20. 183.)

On ne peut donc se faire un moyen d'appel contre le jugement qui a prononcé le divorce de la non-pertinence de quelques-uns des faits sur lesquels il y a eu admission à preuve. si le jugement qui a prononcé cette admission est passé en force de chose jugée. — (Gand, 2 avr. 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 242, *Belgique judiciaire*, 58. 597.)

509. Passons maintenant à la preuve contraire à fournir par les témoins du défendeur.

Remarquons d'abord que le tribunal, avant de statuer sur l'enquête, doit ordonner la signification au demandeur des faits que, lors de l'admission de la demande, le défendeur a valablement articulés comme de nature à atténuer les torts qui lui sont reprochés; le demandeur ne pourrait valablement les écarter en soutenant leur articulation tardive. — (Trib. Bruxelles, 29 juin 1666, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 66-67. 408. — V. *infrà*, n. 519 et suiv.)

510. Quant aux faits sur lesquels devra porter la preuve contraire, ils devront naturellement répondre à ceux apportés à la barre par le demandeur. En principe, la preuve contraire ne serait pas recevable si elle portait sur d'autres faits.

Et même lorsque la preuve opposée par le défendeur porte sur les faits que le demandeur allègue, le tribunal ne doit l'admettre qu'avec circonspection; il a été jugé notamment, d'après ces principes, que le défendeur ne saurait opposer comme preuve contraire à l'action en divorce, intentée contre lui du chef d'injures, l'acquittement intervenu au criminel pour le même fait. Cet acquittement n'aurait au civil aucune influence s'il n'était motivé que par l'insuffisance des preuves devant la juridiction répressive. — (Trib. Anvers, 3 janv. 1852, *Belgique judiciaire*, 52. 286.)

511. Mais, d'un autre côté, cette sévérité ne peut dégénérer en suppression du droit de la défense. Le juge agira avec une sage prudence en matière de divorce, lorsqu'il admettra dans les limites de la preuve contraire les circonstances qui sont de nature à corroborer cette preuve. Ainsi il a été jugé très sagement en principe que la preuve contraire des faits allégués comprend la preuve que ces faits ont été provoqués par le demandeur. — (Trib. Bruxelles, 21 avr. 1853, *Belgique judiciaire*, 53. 815.) — Mais si cette preuve peut être faite, il ne faut pas oublier non plus que la preuve contraire est expressément destinée à répondre aux faits précis invoqués par le demandeur; cette règle générale ne devra pas être perdue de vue lorsque le juge aura à statuer sur des faits de provocation invoqués par le défendeur.

Ainsi, le défendeur ne pourrait, en termes de contre-enquête, prouver la provocation des sévices et des injures graves qu'on lui reproche, qu'autant qu'il aurait déjà antérieurement articulé à cet égard des faits dont la preuve aurait été admise. — (Bruxelles, 24 juill. 1867, *Belgique judiciaire*, 68. 1236.)

512. En tous cas, lorsqu'un époux, à la suite d'une demande en divorce dirigée contre lui, en forme une à son tour et se désiste de celle-ci, il ne peut pas établir sous la forme de preuve contraire les faits qui servaient de fondement à sa propre action; et cela alors même que ces faits avaient été admis en preuve comme justification de sa demande et comme pouvant servir en même temps de défense, si ces faits n'ont point fait l'objet d'un débat judiciaire et n'ont pas été admis comme pouvant former la preuve contraire de ceux articulés à l'appui de l'action contre laquelle il défend. — (Bruxelles, 24 juill. 1867, *Belgique judiciaire*, 68. 1236.)

513. Le jugement qui admet le demandeur à la preuve des faits allégués et le défendeur à la preuve contraire est susceptible d'appel, cela ne fait pas de doute; mais ce

jugement est-il exécutoire par provision, nonobstant cet appel? Nous avons déjà adopté la négative (*suprà*, n. 492 et 493) en ce qui concerne le jugement d'admission de la demande, conformément à la jurisprudence belge.

514. Quant au jugement qui ordonne la preuve et la preuve contraire, nous conservons notre opinion pour les motifs que nous avons déjà exposés. Ici encore nous retrouvons la jurisprudence belge, d'après laquelle l'article 449 du Code de procédure civile n'est pas applicable au jugement rendu sur l'admission de la demande en divorce, conformément à l'article 247 du Code civil.

515. L'appel interjeté d'un pareil jugement a un caractère essentiellement suspensif; il ne pourrait être passé outre quand même les deux parties auraient conclu au fond postérieurement au prononcé de ce jugement, nonobstant appel. Il en est de même, d'après cette jurisprudence, du jugement qui admet le demandeur à la preuve des faits par lui allégués. — (Bruxelles, 8 août 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 58 ; 16 juill. 1877, *Pasicrisie belge*, 77. 2. 330, *Belgique judiciaire*, 78. 257 ; 31 déc. 1877, *Pasicrisie belge*, 78. 2. 114.

516. Toutefois le tribunal de Bruxelles admet à cette règle un tempérament ; il décide que l'appel doit être interjeté immédiatement pour que la procédure puisse être suspendue en première instance, et que la simple allégation d'une des parties, qu'elle a l'intention d'interjeter appel, devrait être considérée comme insuffisante. — (Trib. Bruxelles, 30 mars 1878, *Jurisprudence des tribunaux de première instance* [Belgique], 78-79. 506.)

517. En tous cas, le jugement qui autorise une partie à prouver les faits qu'elle allègue lui accorde un droit, mais ne lui impose aucune obligation. Cette partie reste libre de renoncer au bénéfice du jugement qu'elle a obtenu, et de ne pas user de la faculté que ce jugement lui donne

d'administrer la preuve qu'elle avait offerte. Si donc un jugement autorise deux époux, l'un et l'autre demandeurs respectifs en séparation de corps ou en divorce, à prouver certains faits articulés dans leur requête, ils peuvent renoncer aux enquêtes ordonnées, et le juge, dans ce cas, peut statuer immédiatement au fond, d'après les documents et les pièces du procès. — (Cass., 4 déc. 1876, *France judiciaire*, 76-77. 2. 179.)

518. Le jugement qui ordonne l'enquête sur les faits proposés par le demandeur est interlocutoire et les frais de ce jugement sont en conséquence fixés à 30 fr. 30 cent. pour l'enregistrement; 1 fr. 10 cent. sur chaque rôle d'expédition pour droit de greffe; la remise du greffier (0, fr. 30 cent.) est comprise dans cette taxe. Enfin, s'il y a lieu de compter le droit de correspondance et de port de pièces, si les parties sont domiciliées hors de l'arrondissement, ce droit sera de la moitié de ce qu'il serait pour un jugement définitif, c'est-à-dire de 5 fr. à Paris, 4 fr. dans le ressort et 3 fr. 75 cent. ailleurs, au profit de l'avoué. — (*Tarif*, art. 145.)

14° Suite des débats.

519. Art. 248. — « A chaque acte de la cause, les parties pourront, après le rapport du juge, et avant que le procureur de la République ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir, et ensuite sur le fond; mais, en aucun cas, le conseil du demandeur ne sera admis si le demandeur n'est pas comparant en personne. »

Comme on le voit, d'après l'article 248 du Code civil, les parties, en matière de divorce, sont autorisées à proposer à chaque acte de la cause, après le rapport du juge et avant que le ministère public ait pris la parole, leurs moyens respectifs sur le fond ou sur la forme.

Or, si nous nous reportons aux derniers mots de l'article 247, nous y trouvons une disposition qui autorise le

demandeur en divorce à alléguer des faits pertinents dont le juge pourra admettre la preuve après le jugement qui aura déclaré admissible l'action du demandeur. Nous avons déjà eu l'occasion de dire à ce propos (V. *suprà*, n. 483 et 484) que le demandeur pourra alléguer des faits qui ne sont pas expressément détaillés dans sa requête introductive d'instance, lorsque ces faits ne seront produits que pour corroborer ceux sur lesquels la demande est originairement fondée.

Des faits de cette nature pourront donc être valablement proposés à l'appréciation des juges à chaque acte de la procédure, comme le dit l'article 248, après le rapport et avant les conclusions du ministère public; mais le juge devra nécessairement, en autorisant la preuve de ces faits, autoriser en même temps la preuve contraire de la part de l'époux défendeur. — (V. *suprà*, n. 509 et suiv. — Cass., 26 mai 1807, S. et P. chr. — Bruxelles, 4 août 1868, *Pasicrisie belge*, 71. 2. 26. — Bruxelles, 4 mars 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 200.)

Une autre question plus grave au point de vue de la forme peut se poser ici.

520. Il y a certains moyens que les parties, dans une instance en divorce, doivent ordinairement proposer à telle période plutôt qu'à telle autre de la procédure. Tels sont, par exemple, des documents écrits. Supposons que l'une des parties profite de l'autorisation que lui donne d'agir ainsi l'article 248, et propose un de ces moyens à n'importe quel moment de la procédure (nous raisonnons, bien entendu, d'après le principe que nous avons déjà posé *suprà*, n. 483 et 484, qui exige que les faits ou documents nouveaux ne soient en quelque sorte que le complément de ceux déjà présentés dans la requête). La partie qui proposera ce moyen (un écrit pour conserver l'exemple que nous avons pris) devra-t-elle nécessairement le proposer, et le tribunal devra-t-il statuer sur son admission dans la forme suivant laquelle les choses se seraient passées, si le moyen ou la pièce nouvelle avait été présentée

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en personne pour que son conseil soit admis, est générale et doit être suivie pendant tout le cours de l'instance. Elle s'applique à la demande provisionnelle comme au débat sur le fond.— (Trib. Charleroi, 17 janv. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 193.)

Mais d'après un jugement du tribunal de Verviers, le demandeur en divorce n'est pas tenu d'assister à l'instruction des demandes concernant les mesures provisoires des articles 267 et suivants du Code civil, à peine de déchéance.

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *précité*.)

Nous ne saurions mieux faire, pour justifier cette opinion, que de rapporter les motifs de l'arrêt de Bruxelles du 8 juill. 1883, précité. « Considérant, dit cette Cour, que le Code civil règle, dans la section première du chapitre XI du titre VI, intitulée « Des formes du divorce pour cause déterminée », toute la procédure y relative, depuis la présentation de la requête jusqu'à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (art. 234 à 266);

« Que l'article 248 dispose qu'à chaque acte de la cause les parties pourront proposer ou faire proposer leurs

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en pers[illegible] pour que son conseil soit admis, est [illegible] suivie pendant tout le cours [illegible] à la demande provision[illegible] (Trib. Charleroi, [illegible]

Mais d'après [illegible] demandeur e[illegible] tion des dem[illegible] articles 26[illegible]

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers [illegible] juill. 1861, *précité*.)

Nous ne [illegible] mieux faire, pour justifier cette [illegible]rter les motifs de l'arrêt de Bru- [illegible] précité. « Considérant, dit cette [illegible] règle, dans la section première du [illegible] I, intitulée « Des formes du divorce [illegible]néc », tout[illegible] procédure y relative, [illegible]tion de la [illegible] jusqu'à la prononpar l'off[illegible]at civil (art. 234 à

[illegible]48 disp[illegible]e acte de la cause [illegible]ront p[illegible]re proposer leurs

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en personne pour que son conseil soit admis, est générale et doit être suivie pendant tout le cours de l'instance. Elle s'a[illegible] à la demande provisionnelle comm[illegible] débat su[illegible] (Trib. Charleroi, 17 janv. 188[illegible]

Mais d'après un juge[illegible] demandeur en divorce [illegible] tion des demandes c[illegible] articles 267 et sui[illegible]

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *précité*.)

Nous ne saurions mieux faire, pour justifier cette opinion, que de rapporter les motifs de l'arrêt de Bruxelles du [illegible] 1883, précité. « Considérant, dit cette Cour, [illegible] civil règle, dans la section première du chapit[illegible] VI, intitulée « Des formes du divorce pour [illegible] linée », toute la procédure y relative, [illegible] tion de la requête jusqu'à la prononci[illegible] ier de l'état civil (art. 234 à [illegible]

[illegible] l'à chaque acte de la cause [illegible] r ou faire proposer leurs

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en personne pour que son conseil soit admis, est générale et doit être suivie pendant tout le cours de l'instance. Elle s'applique à la demande provisionnelle comme au débat sur le fond.— (Trib. Charleroi, 17 janv. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 193.)

Mais d'après un jugement du tribunal de Verviers, le demandeur en divorce n'est pas tenu d'assister à l'instruction des demandes concernant les mesures provisoires des articles 267 et suivants du Code civil, à peine de déchéance.

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *précité*.)

Nous ne saurions mieux faire, pour justifier cette opinion, que de rapporter les motifs de l'arrêt de Bruxelles du 8 juill. 1883, précité. « Considérant, dit cette Cour, que le Code civil règle, dans la section première du chapitre XI du titre VI, intitulée « Des formes du divorce pour cause déterminée », toute la procédure y relative, depuis la présentation de la requête jusqu'à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (art. 234 à 266);

« Que l'article 248 dispose qu'à chaque acte de la cause les parties pourront proposer ou faire proposer leurs

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en personne pour que son conseil soit admis, est générale et doit être suivie pendant tout le cours de l'instance. Elle s'applique à la demande provisionnelle comme au débat sur le fond.— (Trib. Charleroi, 17 janv. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 193.)

Mais d'après un jugement du tribunal de Verviers, le demandeur en divorce n'est pas tenu d'assister à l'instruction des demandes concernant les mesures provisoires des articles 267 et suivants du Code civil, à peine de déchéance.

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *précité*.)

Nous ne saurions mieux faire, pour justifier cette opinion, que de rapporter les motifs de l'arrêt de Bruxelles du 8 juill. 1883, précité. « Considérant, dit cette Cour, que le Code civil règle, dans la section première du chapitre XI du titre VI, intitulée « Des formes du divorce pour cause déterminée », toute la procédure y relative, depuis la présentation de la requête jusqu'à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (art. 234 à 266);

« Que l'article 248 dispose qu'à chaque acte de la cause les parties pourront proposer ou faire proposer leurs

en son temps au point de vue de la procédure? Non; quant à la forme, il est inutile que le tribunal revienne sur ses pas ; ainsi le huis clos ne doit être ordonné que pour l'exposé de la demande et les enquêtes.

En conséquence, la procédure sur un incident soulevé dans le cours des enquêtes et le jugement qui statue sur ce point doivent avoir lieu publiquement.

521. Il est loisible à l'époux qui a produit des témoins de renoncer à leur audition. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2.47, *Belgique judiciaire*, 64. 5.)

522. Les parties n'auraient pas au surplus à intervenir dans le jugement ordonnant un nouveau rapport par le juge rapporteur au cas où l'un des juges composant le tribunal se serait trouvé dans l'impossibilité de siéger; un tel jugement n'est, en effet, qu'une mesure réglementaire.— (Cass. belge, 6 janv. 1881, *Pasicrisie belge*, 81. 1. 49.)

523. Une question beaucoup plus importante peut se présenter.

C'est celle de la comparution personnelle des parties, exigée par la disposition finale de l'article 248.

Quelle est la portée de cette disposition?

Doit-elle recevoir son application à peine de nullité dans les demandes provisionnelles comme dans la demande principale sur le fond?

La disposition de l'article 248 du Code civil, qui exige que le demandeur en divorce soit comparant en personne pour que son conseil soit admis, est générale et doit être suivie pendant tout le cours de l'instance. Elle s'applique à la demande provisionnelle comme au débat sur le fond.— (Trib. Charleroi, 17 janv. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 193.)

Mais d'après un jugement du tribunal de Verviers, le demandeur en divorce n'est pas tenu d'assister à l'instruction des demandes concernant les mesures provisoires des articles 267 et suivants du Code civil, à peine de déchéance.

Il n'est tenu d'être présent aux formalités de l'instance en divorce proprement dite, à peine de déchéance, que quand sa présence constitue une condition essentielle de la formalité à remplir.

Dans les autres cas, le demandeur en divorce ne peut être censé abandonner son action; il est simplement déchu du droit d'user de la faculté ouverte en sa faveur.

Spécialement, l'absence du demandeur en divorce, lors de la prononciation du jugement qui autorise la preuve des faits par lui articulés et des formalités qui doivent être accomplies de suite après cette prononciation, ne peut être invoquée pour faire prononcer la déchéance de l'action en divorce. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

524. C'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Bruxelles a décidé en ce sens que la disposition finale de l'article 248 n'est pas applicable aux demandes incidentelles ayant pour objet les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu une demande en divorce.

L'obligation qui est imposée au demandeur de comparaître en personne, à peine de déchéance, ne concerne que la procédure de l'action en divorce proprement dite, qui est réglée par les articles 234 à 266 de ce code. — (Bruxelles, 3 juill. 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 43. — Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *précité*.)

Nous ne saurions mieux faire, pour justifier cette opinion, que de rapporter les motifs de l'arrêt de Bruxelles du 8 juill. 1883, précité. « Considérant, dit cette Cour, que le Code civil règle, dans la section première du chapitre XI du titre VI, intitulée « Des formes du divorce pour cause déterminée », toute la procédure y relative, depuis la présentation de la requête jusqu'à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (art. 234 à 266);

« Que l'article 248 dispose qu'à chaque acte de la cause les parties pourront proposer ou faire proposer leurs

moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir et ensuite sur le fond, en ajoutant qu'en aucun cas, le conseil du demandeur n'est pas comparant en personne;

« Attendu que les fins de non-recevoir visées audit article sont évidemment, à l'exclusion de toutes autres, celles qui tendent au rejet de la demande en divorce; que le but du législateur, en exigeant la présence du demandeur, a été de provoquer son attention à chaque acte de la cause sur la gravité et les conséquences de son action et de faire consacrer par son concours personnel sa persistance dans sa résolution;

« Qu'on ne peut, dès lors, étendre par de prétendues raisons d'analogie les prescriptions et les effets de l'article 248 à une autre procédure que celle de l'action en divorce proprement dite, telle qu'elle est définie et réglée par les articles 234 à 266 de la section première précitée du Code civil;

« Attendu que dans les articles 267 à 271 qui forment la section deuxième du même chapitre, intitulée : « Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée », le Code ne prescrit aucune procédure spéciale pour l'introduction et l'instruction de ces mesures provisoires, qui ne sont point préjudicielles à l'action en divorce, qui n'en font point partie intégrante, qui peuvent ou ne peuvent pas se produire, selon la situation respective des parties et les circonstances de la cause, et qui n'ont avec celle-ci aucun rapport direct et nécessaire;

« Qu'il n'existe, par suite, aucun motif d'appliquer à ces demandes incidentelles la disposition finale de l'article 248 et d'exiger, contrairement au texte et à l'esprit de cet article, la présence du demandeur aux plaidoiries de ces demandes, pour en admettre la recevabilité, etc. »

525. Il va sans dire, au surplus, qu'en matière de divorce, le défendeur qui a fait défaut à toutes les audiences fixées pour la comparution des parties et même lors de l'aver-

tissement du président, prescrit par l'article 249 du Code civil, ne peut plus être reçu à faire entendre des témoins; et qu'il ne peut être relevé appel de la déchéance absolue que prononce cette disposition. — (Bruxelles, 3 déc. 1878, *Pasicrisie belge*, 79. 2. 82.)

526. En tous cas, lorsque l'époux demandeur en divorce ne se présente pas à l'audience, fut-ce même à celle à laquelle le procès doit être définitivement plaidé, l'époux défendeur ne peut conclure au fond et postuler du tribunal une déclaration que les faits sur lesquels la demande est basée sont controuvés; dans ce cas, le tribunal doit se borner à constater le défaut du demandeur et déclarer celui-ci déchu de son action. — (Trib. Verviers (Belgique), 20 mars 1884, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 165. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 229 et 242.)

En effet, bien qu'il soit généralement admis que le défendeur en présence d'un adversaire qui déserte le débat est recevable à prendre des conclusions au fond, il n'en est pas moins vrai que cette règle est sans application lorsqu'il s'agit de la procédure en divorce. Car si, dans les cas ordinaires, le tribunal conserve le droit d'apprécier le mérite de l'action, c'est qu'il reste saisi de la connaissance de toute l'affaire.

La même latitude ne se rencontre pas dans un procès en divorce, puisque, quel que soit le résultat des preuves fournies de part et d'autre, celui qui poursuit doit nécessairement être déclaré déchu de sa demande quand il ne comparaît pas. Cette obligation que la loi impose aux juges dans l'hypothèse ci-dessus est évidemment exclusive de toute vérification au fond.

La solution qui précède est, d'ailleurs, en parfaite harmonie avec l'ensemble des dispositions du Code civil en cette matière;

Il en résulte, en effet, qu'en tout état de cause, il est loisible à l'époux demandeur de se désister, soit tacitement, soit expressément, sans qu'il appartienne à son conjoint d'exiger que l'instance suive son cours, et cela

toujours par cette ra son que le divorce ne saurait jamais être admis ni prononcé contre le gré de la partie demanderesse ;

La déchéance encourue par celle-ci s'opposant à ce qu'elle introduise une nouvelle action basée sur les mêmes faits, le défendeur est en réalité sans intérêt pour solliciter un jugement statuant sur l'existence ou la non-existence de ces faits,

Il a cependant été jugé que la comparution personnelle de l'époux demandeur n'est pas exigée par la loi à peine de nullité quand il s'agit des audiences fixées pour les plaidoiries sur enquêtes. — (Bruxelles, 12 févr. 1870, *Belgique judiciaire*, 70, 538.)

527. Il nous semble, au surplus, qu'on a jugé avec raison que de ce que les qualités du jugement n'établissent pas expressément que l'époux demandeur a été présent en personne, lors des développements donnés par son conseil, aux conclusions prises en sa présence, on ne peut induire la preuve de la violation de l'article 248 du Code. — (Liège, 31 mai 1865, *Belgique judiciaire*, 65. 1367, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231.)

528. Mais la présence du demandeur est-elle nécessaire en appel? Non. — (Liège, 24 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2. 47, *Belgique judiciaire*, 65. 5. — Liège, 31 mai 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231, *Belgique judiciaire*, 65. 1367. — Cass. belge, 25 et non 11 nov. 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 172.)

529. Il n'est pas nécessaire que le jugement qui ordonne la preuve des faits consignés dans le procès-verbal de l'audience à huis clos rappelle ces faits. — (Bruxelles, 12 frim. an XIV, S. et P. chr.)

530. ....Ni qu'il soit rendu en audience publique. — (Riom, 18 niv. an XII, S. et P. chr.)

15° Désignation de nouveaux témoins.

531. Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues (art. 249). — (V. *suprà*, n. 525.)

532. Le demandeur en divorce n'est pas forclos du droit de désigner des témoins immédiatement après le jugement ordonnant l'enquête, mais s'il n'en a nommé aucun à la première audience à huis clos, l'article 242 du Code civil n'est pas prescrit à peine de nullité. — (Trib. Bruxelles, 29 mars 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 290.)

Ainsi, le témoin désigné conformément à l'article 249 peut être entendu, bien qu'il n'ait pas été assigné et qu'il n'ait pas reçu copie du dispositif, en ce qui concerne les faits admis, du jugement ordonnant l'enquête. — (Trib. Bruxelles, 5 août 1859, *Belgique judiciaire*, 59. 1120.)

Et, dans une enquête en divorce, l'une des parties peut, malgré son adversaire, renoncer à l'audition d'un ou de plusieurs témoins qu'elle seule a désignés et assignés. — (Trib. Bruxelles, 3 déc. 1852, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 54-55. 132.)

533. Il est bien entendu que la prohibition de l'article 249 de faire entendre de nouveaux témoins après l'époque de la procédure fixée par cet article doit être interprétée en ce sens que les nouveaux témoins exclus par cette disposition sont simplement ceux que les parties voudraient faire entendre sur des faits anciens déjà allégués; mais, s'il s'est produit des faits nouveaux du

genre de ceux que nous avons spécifiés *suprà*, n. 483, 484 et 519, et qui viennent corroborer les anciens, les parties qui, aux termes de l'article 248, peuvent à chaque acte de l'instance proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, auront le droit corrélatif de faire entendre de nouveaux témoins sur les faits par elles proposés depuis l'application de l'article 249.

534. Mais si cette demande de supplément d'enquête est admise par le juge, la cause devra être renvoyée à l'audience, afin que le défendeur puisse proposer ses fins de non-recevoir, ses reproches contre les témoins de la partie adverse, et désigner de son côté ceux qu'il se propose de faire entendre. — (Trib. Anvers, 1er avr. 1880, *Pasicrisie belge*, 80. 3. 265.)

535. Au surplus, sauf les modifications apportées par le Code civil, les règles générales concernant les enquêtes dans le Code de procédure civile sont applicables en matière de divorce. — (Bruxelles, 8 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 347, *Belgique judiciaire*, 68. 1154.)

536. Mais les dérogations au Code de procédure sont extrêmement nombreuses.

Ainsi, suivant les règles de droit commun, la partie qui a été admise à faire par témoins la preuve des faits qu'elle avance doit présenter une requête au juge commissaire désigné pour diriger cette enquête, afin d'obtenir de lui une ordonnance indicative des jours et heures où les témoins pourront être assignés, et tous les frais qu'elle entraîne. — (*V.* Tarif civil, art. 76, § 21, et art. 91, § 7.) — Cette ordonnance n'est pas exigée en matière de divorce, puisque l'enquête, dans cette hypothèse, se fait devant le tribunal et non devant un juge commis comme en matière ordinaire, et que point n'est besoin d'obtenir une ordonnance pour fixer le jour et l'heure auxquels les témoins devront se présenter au palais de justice, puisque, aux termes de l'article 252, tout jugement qui

admettra la preuve testimoniale, à l'occasion d'une demande en divorce, dénommera les témoins et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront se présenter. — (V. *infrà*, n. 554.)

16° Reproches contre les témoins.

537. Avant que le tribunal désigne les témoins, les parties proposeront leurs reproches.

Art. 250. — « Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le tribunals tatuera sur ces reproches, après avoir entendu le procureur de la République.»—(C. proc., 83. 252 et suiv., 879.)

C'est seulement après l'application de l'article 250 que le tribunal pourra désigner, pour être entendus dans l'enquête, ceux des témoins qui n'auront pas été reprochés.

538. Du reste, c'est seulement aussitôt que le jugement ordonnant l'enquête est prononcé, et la lecture par le greffier du procès-verbal de l'audience de huis clos contenant la nomination déjà faite à cette audience des témoins, que les parties se proposent de se faire entendre ; autrement dit, c'est seulement à l'époque de la procédure à laquelle se refère l'article 249 qu'il y a lieu d'appliquer l'article 250, et que les parties pourront présenter les reproches qu'elles ont à faire valoir contre leurs témoins respectifs.—(Trib. Bruxelles, 29 mars 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 3. 20.)

539. Le délai établi par l'article 250 doit être rigoureusement observé.

En matière de divorce, les témoins doivent, sous peine de forclusion, être reprochés dans le délai établi par l'article 250 du Code civil. — (Trib. Bruxelles, 24 déc. 1859, *Belgique judiciaire*, 60. 132.)

540. Le fait que l'époux défendeur à une action en di-

vorce aurait, immédiatement après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes, proposé ses reproches contre certains témoins du demandeur, indiqué les siens, demandé le rejet de certaines pièces ; ni le fait d'avoir ensuite, à une audience ultérieure, conclu sur le mérite des reproches proposés et le rejet sollicité, ne peuvent être considérés comme impliquant une exécution de ce jugement de nature à en rendre l'appel non recevable, alors surtout que l'appelant a fait réserve de tous ses droits et moyens et proteste contre tout acquiescement.

Peu importe que les plaidoiries sur les reproches n'aient, par suite d'une nécessité d'audience, eu lieu que quelques jours après la prononciation susdite. — (Bruxelles, 2 juin 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 342, *Belgique judiciaire*, 58. 1060. — V. *infrà*, n. 618 et suiv.)

541. Au surplus, les règles générales à observer à défaut de règles spéciales seront celles du Code de procédure, celles notamment des articles 250 et 283 de ce code. —(Bruxelles, 8 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 347, *Belgique judiciaire*, 68. 1154.)—Sauf, bien entendu, les exceptions spécifiées à l'article 251, et que nous examinerons prochainement.

Il en résulte spécialement qu'en matière de divorce, les reproches contre les témoins doivent, conformément à l'article 270 du Code de procédure, être pertinents et circonstanciés ; il ne suffirait pas qu'ils fussent proposés en termes généraux. — (Bruxelles, 20 avr. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 227, *Belgique judiciaire*, 74. 955. — V. *infrà*, n. 545 et suiv., 556, 561 et suiv., 577.)

542. Toutefois, en admettant qu'en matière de divorce toutes les causes de reproches énumérées par l'article 283 du Code de procédure civile soient applicables, un témoin ne peut être reproché comme ayant bu et mangé aux frais de la partie, lorsqu'il n'y a eu entre eux qu'une politesse entre amis, par suite de leurs rapports habituels, à titre de réprocité.

Et l'on devrait rejeter, pour défaut de précision, l'offre

de preuve qu'un témoin a bu et mangé aux frais de la partie de telle date à telle date. — (Bruxelles, 20 avr. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 235, *Belgique judiciaire*, 74. 955 ; 19 nov. 1860, *Pasicrisie belge*, 61. 2. 156. — Liège, 9 août 1841, *Pasicrisie belge*, 42. 2. 65 ; 11 déc. 1852, *Pasicrisie belge*, 58. 380 ; 4 déc. 1867, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 211.)

Les mêmes arrêts décident encore que la loi n'exige pas que le défendeur en divorce assiste en personne à l'enquête, les reproches contre les témoins produits peuvent être proposés par un avoué. — (*Adde* Bruxelles, 20 avr. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 223.)

543. Il a été jugé que des témoins entendus dans une contre-enquête provoquée par le mari à l'occasion d'une demande en séparation de corps formée par la femme pour excès, sévices et injures graves, ne peuvent plus être entendus dans l'enquête sur la demande en divorce pour cause d'adultère si le mari est demandeur. — (Paris, 18 févr. 1806, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 478.) — Suivant nous, cette décision ne serait admissible qu'au cas où les témoins auraient fait dans la contre-enquête des dépositions relatives à l'adultère de la femme.

544. Une dérogation absolument spéciale au divorce, en ce qui concerne l'enquête, c'est celle de l'article 251 :

« Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables, du chef de parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité ; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques. »

Le principal motif pour lequel l'article 283 du Code de procédure admet des reproches contre ces personnes lorsqu'elles sont citées comme témoins, c'est le danger de partialité que peuvent présenter leurs témoignages à cause des liens de parenté ou de domesticité qui les attachent aux parties. C'est de la parenté même ou de la domesticité que naît le reproche, et non des relations ou des intérêts accessoires résultant de ces faits, mais qui ne viennent or-

dinairement qu'en second ordre; ainsi, nous pensons avec M. Massol (p. 121), et Demolombe (t. IV, n. 480), que les personnes auxquelles s'applique l'article 251 ne sauraient être reprochées, par exemple, à raison de leur qualité d'héritiers présomptifs.

545. La situation ne changerait pas à ce point de vue par ce seul fait que les parents appelés comme témoins auraient bu et mangé avec les parties ou à leurs frais depuis le jugement ordonnant l'enquête. — (Caen, 28 janv. 1874, S. 74. 2. 169, P. 74. 730, D. P. 75. 2. 44. — *Sic*, Massol, p. 121, note 20; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 251, n. 4; Demolombe, t. 4, n. 480. — V. *suprà*, n. 542.)

546. Si les parents peuvent déposer en matière de séparation de corps, cette faculté est *à fortiori* accordée aux alliés. — (C. proc., 283 et suiv. — Laurent, t. 3, n. 234.)

547. Mais on ne peut entendre comme témoin le donataire du demandeur : ici s'appliquerait l'article 283 du Code de procédure. — (Duranton, t. 2, p. 607, n. 1; Demolombe, t. 4, n. 479; Aubry et Rau, t. 5, p. 181, § 491; Laurent, t. 3, n. 231.— *Contrà*, Cass. 8 juill. 1813. S. et P. chr., D. A. 11. 901.)

548. D'ailleurs, l'enquête devant être faite d'après les règles du Code de procédure civile (art. 283 à 285), le juge n'est pas tenu d'adresser aux témoins l'interpellation prescrite par l'article 14 du titre 22 de l'ordonnance de 1667, relative au point de savoir s'ils sont serviteurs ou domestiques, parents ou alliés de l'une des parties. — (Cass., 3 mai 1809, S. et P. chr., D. A. 11. 940, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 475. — *Sic*, Duranton, *loc. cit.*, n. 1; Demolombe, t. 4, n. 480; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, t. 3, n. 234, *in fine*. — V. *suprà*, n. 541 et suiv., et *infrà*, n. 566 et suiv.)

549. En vertu des mêmes principes, et conformément

à l'article 283 du Code de procédure civile, ne peuvent être entendus dans l'enquête, en cas d'une demande en divorce (ou en séparation de corps) pour cause d'adultère de la femme, des témoins qui, sur une demande en séparation de corps formée antérieurement par celle-ci, ont déposé contre elle de faits d'adultère dans la contre-enquête ouverte par le mari.—(Paris, 18 févr. 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 940, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 448. — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 607, n. 1; Aubry et Rau, t. 5, p, 181, § 491; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 251, n. 9; Demolombe, t. 4, n. 480; Laurent, t. 3, n. 234, *in fine*.

... Ni le président du tribunal de première instance, pour déposer sur des aveux que l'un des époux aurait faits devant lui, lors de la comparution prescrite par l'article 878 du Code de procédure.—En conséquence, il n'y a pas lieu d'avoir égard à la récusation que l'une des parties dirigerait contre ce magistrat, juge sur la demande en séparation de corps, en se fondant sur ce qu'elle se propose de l'assigner comme témoin de l'enquête— (Amiens, 30 mars 1822, S. et P. chr., D. A. 11. 535. — V. *suprà*, n. 446.)

550. L'article 251 non seulement maintient le reproche à l'égard des enfants, mais encore, en spécifiant d'une manière expresse qu'ils seront reprochables en leur qualité, a rendu le reproche d'une extrême rigueur à leur égard.

551. Il n'est pas besoin d'insister sur les motifs de cette haute moralité qui, dans cette circonstance, ont guidé le législateur.

Qu'il nous suffise de dire que la jurisprudence a interprété aussi sévèrement qu'elle devait l'être la dernière disposition de l'article 231, en décidant que les enfants des parties ne sont pas seulement reprochables, mais encore que leur témoignage est absolument inadmissible. — (Bruxelles, 9 juin 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 1067,

Jurisprudence des tribunaux de première instance, par Cloës et Bonjean, 58-59. 535.)

552. La disposition de l'article 251, qui proscrit le témoignage des *enfants et descendants* des époux, ne s'entend pas seulement de leurs enfants ou petits-enfants communs, mais aussi des enfants ou petits-enfants que l'un d'eux aurait eus d'un précédent mariage. — (Douai, 16 août 1853, S. 54. 2. 135, P. 54. 2. 546, D. P. 54. 5. 689. — Dijon, 27 mars 1879, S. 79. 2. 68, P. 79. 327, D. P. 79. 2. 181. — *Sic*, Massol, p. 192. — Trib. Bruxelles, 23 juin 1854, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 54-55. 228. — *Contrà*, Rennes, 22 janv. 1840, S. 40. 2. 149, P. 54. 2. 546, *ad notam*. — Besançon, 16 déc. 1872, S. 73. 2. 136, P. 73. 586, D. P. 73. 2, 62; Rodière, *Compét. et proc.*, t. 1, p. 367; Chauveau, *Suppl.*, n. 1057; Laurent, t. 3, n. 234.)

553. Cette disposition frappe également les enfants naturels. — (Bruxelles, 20 févr. 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 348, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 60.)

Au surplus, l'article 251 est en son entier applicable à la séparation de corps. — (Cass., 8 mai 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 907, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 395. — Paris, 12 déc. 1809, *Ibid.* — Pau, 7 août 1809, S. et P. chr., D. A. 12. 571. — Toulouse, 25 janv. 1821, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 244. — Amiens, 5 juill. 1821, S. et P. chr., D. A. 11. 907. — Nancy, 7 juill. 1827, S. et P. chr. — Rennes, 22 janv. 1840, S. 40. 2. 149. — Bruxelles, 18 mai 1858, *Pasicrisie belge*, 58. 2. 423. — Bordeaux, 2 août 1842, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 244. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 251, n. 1; Proudhon, t. 1, p. 337; Toullier, t. 2, n. 709; Duranton, t. 2, n. 607; Carré et Chauveau, t. 1, n. 1057, et t. 3, n. 2983; Pigeau, t. 2, p. 562; Berriat-Saint-Prix, p. 677; Favard, t. 5, p. 113, n. 9; Massol, p. 116; Demolombe, t. 4, n. 479; Aubry et Rau, t. 5, p. 181, § 491. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 316. — *V.* aussi Le Senne, n. 348.)

Et il en est ainsi spécialement à l'égard du témoignage

des père et mère des époux. — (Paris, 12 déc. 1809, S. et P. chr., D. A. 11. 906. — *Sic*, Massol, p. 121 ; Demolombe, t. 4, n. 480.)

17° Fixation du jour de l'enquête.

554. ART. 252. — « Tout jugement qui admettra une preuve testimoniale dénommera les témoins qui seront entendus, et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter. »

555. En matière de divorce, le tribunal du domicile des époux peut seul recevoir les enquêtes auxquelles la demande peut donner lieu.

En conséquence, le tribunal saisi de la demande ne peut pas déléguer un autre tribunal pour recevoir la déposition d'un témoin qui est dans l'impossibilité de se présenter. — (Trib. Bruxelles, 9 avr. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 200, *Belgique judiciaire*, 74. 1033. — V. *infrà*, n. 561.)

556. Nous avons déjà eu l'occasion (*suprà*, n. 541 et suiv.), de dire qu'en matière de divorce, comme en toute autre, les règles de l'enquête étaient déterminées par le Code de procédure, sauf les quelques dérogations aux principes généraux en matière de divorce qui se trouvent expressément spécifiées au Code civil.

557. En matière de divorce comme en toute autre, en vertu des règles générales de la procédure, les témoins doivent être assignés un jour franc avant leur audition, à peine de nullité. — (Trib. Bruxelles, 11 mai 1844, *Belgique judiciaire*, 1844. 894. — Liège, 29 mars 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 258.)

Ainsi, la loi n'a, pour les enquêtes en cette matière, indiqué aucune partie de l'acte où l'on dût mentionner l'observation des formalités qu'elle a prescrites, ainsi est valable la mention que le greffier en fait dans le préambule du procès-verbal. — (Liège, 29 mars 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 258.)

558. D'ailleurs, les articles 252 et 274 du Code civil relatifs aux enquêtes sont valablement exécutés lorsqu'il est constaté par le plumitif de l'audience que les formalités qu'ils prescrivent ont été remplies immédiatement après la prononciation de la décision qui admet la preuve et ordonne l'enquête. — (Cass. Belgique, 23 mai 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 1. 348, *Belgique judiciaire*, 73, 76, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 72-73, 403.)

559. Au surplus, les formalités prescrites par les articles 249 et 252 du Code civil en matière de divorce ne sont pas applicables aux enquêtes qui se font en instance d'appel.

Par suite, leur inobservation ne peut entraîner aucune déchéance. — (Liège, 11 juill. 1872, *Pasicrisie belge*, 72, 2. 331, *Belgique judiciaire*, 72. 76.)

560. La disposition de l'article 252, aux termes de laquelle le jugement qui admet la preuve testimoniale dénomme les témoins et fixe le jour et l'heure auxquels leurs dépositions devront être reçues, ne fait pas obstacle à ce que les parties en fassent entendre de nouveaux après le jour indiqué, alors surtout que les parties ont été dans l'impossibilité de produire leurs témoins à la date indiquée, par suite de circonstances de force majeure difficiles à prévoir. — (Bordeaux, 27 juill. 1814, S. et P. chr.)

18° Procédure de l'enquête.

561. Nous venons de voir que le tribunal seul peut recevoir les enquêtes en matière de divorce; l'audition d'un témoin devant un tribunal étranger au reste de la cause serait nulle, c'est ce qui paraît résulter de la disposition toute spéciale de l'article 253. Les dispositions des témoins seront reçues par le tribunal séant à huis clos, en présence du ministère public, des parties, et de leurs conseils

ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté. —(C. proc., 252 et suiv., 879. — V. *suprà*, n. 555.)

Par application du principe déjà posé dans les numéros précédents et duquel il résulte que c'est au Code de procédure civile qu'il faut aller chercher les règles concernant l'enquête, quand il s'agit de combler quelques lacunes du titre spécial du Code civil sur l'action en divorce, on doit décider que les témoins, à peine de nullité de l'enquête, seront entendus séparément et non en présence les uns des autres. —(Nancy, 15 avr. 1813, S. et P. chr. — V. *suprà*, n. 541.)

562. Art. 254. — « Les parties, par elles ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions. » — (C. proc., 252 et suiv., 879.)

563. Art. 255. — « Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquelles elle aura donné lieu. Ce procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties ; les uns et les autres seront tenus de le signer, et il sera fait mention de leur signature ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer. »

564. Ces deux dispositions sont une preuve de plus que le législateur a voulu, en cette matière, édicter des formes de procéder absolument spéciales. Aux conséquences que nous avons déjà déduites de cet état de choses on peut en ajouter quelques autres plus spéciales encore. L'article 262, § 31, du Code de procédure civile exige que les témoins soient entendus, même en l'absence des parties. Il ne peut pas en être de même en matière de divorce. Sa présence à l'enquête du demandeur est indispensable, car s'il était absent, il serait présumé avoir renoncé à son action ; la présence du défendeur, au contraire, est absolument inutile.

D'ailleurs l'époux qui a entendu sans protestations les

dépositions faites en sa présence par les témoins, sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si ces témoins étaient les siens ou ceux de son conjoint, serait moins recevable dans la suite à critiquer ou à en faire un moyen de défense ou de pourvoi en cassation. — (Cass., 26 mai 1807, S. et P. chr.)

565. Plusieurs conséquences découlent au surplus du caractère spécial des enquêtes en matière de divorce. Il est à remarquer qu'en général la tendance de nos anciennes Cours, ainsi que celle de la jurisprudence étrangère, est favorable à la validité des enquêtes dans les procès en divorce. Ainsi, il a été jugé que le défendeur au divorce qui n'a pas fait assigner ses témoins pour le jour indiqué n'est pas pour cela déchu de la faculté de faire contre-enquête. — (Paris, 6 mai, 1811. S. et P. chr.)

566. D'ailleurs, de ce que la parenté, l'alliance ou la domesticité ne sont pas des causes de reproche en cette matière, il résulte, comme nous l'avons vu, que les témoins ne doivent pas, avant leur audition, être interpellés par le juge sur leur parenté, alliance ou état de domesticité avec les parties. — (Cass., 3 mai 1808, S. et P. chr. — V. *suprà*, n. 548.)

567. Mais ils doivent, sous peine de nullité, comme dans une instance ordinaire, faire connaître leur âge et leur profession. — (Lyon, 18 déc. 1810, S. et P. chr.)

Il n'est pas cependant nécessaire, à peine de nullité, que tous les témoins désignés dans le jugement qui avait permis l'enquête soient entendus et que la non-comparution des absents soit constatée par le procès-verbal d'enquête. — (Cass., 22 nov. 1815, S. et P. chr.)

568. Il n'est pas non plus nécessaire, à peine de nullité, que les témoins aient été entendus en présence les uns des autres en audience à huis clos. L'enquête ainsi faite est valable surtout s'il a été procédé de même à la contre-enquête. — (Metz, 7 mai 1807, S. et P. chr.)

569. Et si l'un des témoins produits par l'époux demandeur en divorce est accusé de faux témoignage et poursuivi au criminel par l'époux défendeur, cette circonstance ne peut suspendre le jugement de l'instance en divorce. — (Cass., 22 nov. 1815, S. et P. chr.)

570. Enfin, lorsqu'une enquête a été déclarée nulle, elle peut être recommencée, alors même que la nullité ne procède pas de la faute du juge commissaire. — (Cass., 8 juin 1808, S. et P. chr.)

571. Nous venons de voir les principales applications des règles spéciales édictées en matière de divorce, relativement à l'ouverture et à la continuation de l'enquête.

Il nous reste à examiner l'influence de ces mêmes principes sur les formalités de la clôture.

572. Il n'est pas nécessaire que l'enquête soit terminée devant les juges mêmes qui ont commencé à y procéder. — (Metz, 7 mai, 1807, S. et P. chr.)

Ainsi, dans le cas où des suppléants seraient appelés pour remplacer un ou plusieurs juges, il n'est pas besoin d'énoncer le motif de ce changement.

573. Mais la lecture du procès-verbal d'enquête aux témoins est prescrite à peine de nullité. — (Nancy, 15 avr. 1813, S. et P. chr.)

574. Toutefois, il est satisfait au vœu de l'article 255 par la mention « que le greffier a donné lecture du procès-verbal », sans dire « aux témoins et aux parties ». — (Liège, 29 mai 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 258.)

575. En ce qui concerne la présence à l'enquête de l'avoué et de l'huissier, c'est l'article 293 du Code de procédure civile qui doit ici recevoir son application. — (Nancy, 15 avr. 1813, S. et P. chr. — Trib. Bruxelles, 13 déc. 1872, *Pasicrisie belge*, 74. 3. 197.)

576. Il n'est pas nécessaire pour la régularité de l'enquête que le juge et le greffier signent chaque déposition; il suffit que le procès-verbal soit signé de tous les témoins et des parties.

De même en ce qui concerne plus spécialement la signature des témoins, on ne peut se faire un moyen de nullité de ce que cette signature, au lieu d'être apposée à la fin de chaque déposition, l'a été à la clôture du procès-verbal. — (Liège, 29 mars 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 258.)

577. La Cour de Nancy a jugé que le défaut de mention que les témoins ont déposé sans lire le projet écrit était une cause de nullité de l'enquête, et que cette nullité étant d'ordre public pouvait être suppléée d'office par le juge. Mais cette décision nous paraît contraire au principe que nous avons posé plus haut (*suprà*, n. 541), savoir que les formalités de l'enquête en matière de divorce doivent être réglées autant que possible d'après le Code civil; or, le Code civil n'exige aucune mention de cette nature. — (Nancy, 15 avr. 1813, S. et P. chr.)

578. Nous pensons, au contraire, qu'il ne faut pas, à peine de nullité, que le procès-verbal constate qu'on a demandé aux témoins s'ils persistaient dans leurs dépositions, ni qu'ils n'ont fait usage d'aucun projet écrit. — (Liège, 29 mars 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 258.)

579. La loi ne prescrit pas de termes sacramentels pour former une demande de prorogation d'enquête.

On peut considérer comme demande de prorogation la mention insérée au procès-verbal que : si un incident soulevé est renvoyé à l'audience, la partie qui fait l'enquête demandera prorogation. — (Trib. Liège, 11 janv. 1845, *Belgique judiciaire*, 45. 638.)

580. L'enquête doit, suivant la règle générale de la procédure civile, être commencée dans la huitaine de la signification à avoué. Ici, il n'en est plus de même : le jour

est fixé par le jugement préparatoire qui ordonne l'enquête; il faut donc que ce jugement soit signifié. Les frais dus de ce chef sont les mêmes que pour toute espèce de signification, c'est-à-dire *Tarif*, article 89, savoir : au profit de l'avoué de la partie qui fait signifier, 0 fr. 30 cent. à Paris, 0 fr. 27 cent. dans le ressort et 0 fr. 25 cent. ailleurs, par rôle de l'expédition que délivre le greffier. Il est dû à l'huissier audiencier qui instrumente en pareil cas, par rôle, 0 fr. 30 cent. à Paris, 0 fr. 27 cent. dans le ressort, 0 fr. 25 cent. dans les autres ressorts (*Tarif*, art. 156); et à l'enregistrement : 0 fr. 55 cent. par copie signifiée.

581. Le jugement ordonnant l'enquête et fixant le jour et l'heure de son ouverture sera donc signifié à la partie adverse ainsi qu'aux témoins, avec assignation aux jour et heures indiqués par le tribunal. Cette assignation doit être libellée et taxée comme un exploit ordinaire (art. 29, § 9, *Tarif*), savoir : original, 2 fr. à Paris, 1 fr. 80 cent. dans le ressort, et 1 fr. 50 cent. partout ailleurs; il est dû en plus pour la copie le quart de chacun de ces émoluments, plus l'enregistrement qui est de 2 fr. 50 cent., et le prix du papier timbré. Si la notification qui contient les noms, professions et demeures des témoins n'est pas jointe à cette assignation, elle ne doit pas entrer en taxe. Pour le droit de copie du jugement signifié en tête de cet exploit, il est dû par rôle : 0 fr. 30 cent. à Paris, 0 fr. 27 cent. dans le ressort et 0 fr. 25 cent. dans le ressort des autres Cours. — Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que de l'assignation faite par le demandeur à la partie adverse de comparaître à l'enquête au jour fixé par le tribunal. En ce qui concerne les témoins, il faut appliquer le § 8 de l'article 29 du Tarif, qui fixe la taxe pour chaque copie au quart des frais que nous venons de détailler. — Au surplus, il est bien entendu qu'il ne faut faire pour tous les témoins qu'un seul original, ce qui diminuera considérablement les frais de timbre et d'enregistrement, puisqu'à ce dernier point de vue il n'est dû qu'un seul droit de 2 fr. 50 cent. par original. — (*V.* au

surplus pour les autres frais de l'enquête, qui sont encore les mêmes qu'en matière ordinaire, art. 29 *du Tarif civil.*)

582. Quant à l'ouverture du procès-verbal d'enquête, les règles varient suivant la coutume du tribunal devant lequel on se trouve. Dans les habitudes de certains tribunaux, le juge commissaire ouvre le procès-verbal à présentation de la requête, et ce procès-verbal mentionne cette requête et la délivrance de l'ordonnance : c'est *le plerumque fit.* Mais dans la pratique de quelques tribunaux, le juge commis attend, pour ouvrir le procès-verbal, le jour fixé pour l'enquête. Il semble qu'en matière de divorce, ce dernier parti pourra seul être adopté par le tribunal qui remplace le juge commissaire.

583. On a pu se demander s'il était dû à l'avoué une vacation pour sa signature au procès-verbal, l'article 91 du Tarif porte dans son § 6 : « *Pour requérir l'ordonnance du juge commis à l'effet de procéder à une enquête et signer le procès-verbal d'ouverture, etc.* » On a soutenu que, aux termes de ce texte, la vacation n'était due à l'avoué que dans le cas où il aurait, en même temps, requis l'ordonnance convoquant les témoins et signé le procès-verbal d'ouverture, et que, par conséquent, l'émolument en question ne lui était pas dû ici, parce qu'il n'a pas eu de requête à présenter, et que le procès-verbal n'étant ouvert que le jour même de l'enquête, les deux actes prévus au texte, savoir : d'une part la requête à fin d'ordonnance de convocation et l'ouverture dudit procès-verbal d'enquête ne concomitent plus. Mais cette opinion nous parait reposer sur une interprétation beaucoup trop étroite du texte de l'article 91 du Tarif civil, car le fait de la signature du procès-verbal n'est que la dénomination prise par le législateur pour assurer à l'avoué la rémunération de démarches qu'il était impossible au législateur de prévoir et de désigner d'un nom juridique. La signature du procès-verbal ne doit évidemment qu'entrer pour une très faible part dans les soins qui donnent à l'avoué

droit à un émolument. Cet émolument nous semble très équitablement dû quand l'avoué, par suite du retard apporté à l'ouverture du procès-verbal d'enquête qui doit porter sa signature, se voit obligé de scinder ses démarches. On peut invoquer ici une analogie tirée de l'article 92, § 7, du *Tarif civil.*

19° Clôture de l'enquête.

584. « Après la clôture des deux enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il indiquera le jour et l'heure ; il ordonnera la communication de la procédure au procureur de la République, et commettra un rapporteur. Cette ordonnance sera signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé. »— (Art. 256, C. civ.)

Le texte de l'article 256 porte expressément que le tribunal renverra les parties à l'audience publique après la clôture des enquêtes. Mais il va sans dire que si la discussion publique paraissait aux juges devoir entraîner du scandale, ils pouvaient ordonner que les plaidoiries auraient lieu à huis clos. — (Cass., 13 déc. 1808, S. et P. chr.)

585. Il est à remarquer, d'un autre côté, que, contrairement à ce qui a eu lieu jusqu'à présent dans les autres parties de la procédure, la loi n'exige pas, à peine de déchéance, la comparution personnelle de l'époux demandeur aux audiences fixées pour les plaidoiries sur enquête et pour le prononcé du jugement définitif. — (Trib. Bruxelles, 12 févr. 1870, *Belgique judiciaire*, 70. 538.)

586. On remarquera aussi qu'à la différence près entre les deux phases de la procédure auxquelles se rapportent ces deux textes, l'article 256 et l'article 245 que nous avons étudié *suprà*, n. 468 et suiv., se font en quelque sorte pendant et offrent entre eux de grandes analogies.

Il existe cependant une différence entre ces deux dis-

positions : l'ordonnance dont il est question dans l'article 245 ne doit être signifiée au défendeur que dans le cas seulement où il n'a pas comparu, tandis que, d'après l'article 256, cette ordonnance doit lui être notifiée dans tous les cas.

587. On peut se demander pourquoi ce redoublement de précautions.

Peut-être est-ce une négligence de rédaction, peut-être aussi le législateur a-t-il considéré qu'il fallait proportionner la sévérité des formes à la gravité du débat dont l'intérêt s'accroit à mesure qu'on approche du jugement.

Quoi qu'il en soit le texte est formel, et l'ordonnance doit être signifiée au défendeur quand même il aurait été présent à l'audience où elle a été rendue.

588. C'est à tort qu'on a cité en sens contraire un arrêt de Bruxelles du 12 messidor an XII. Cet arrêt ne se rapporte pas à la même phase de la procédure ; il décide que le jugement qui, aux termes de l'article 245, ordonnait la communication de la procédure et commettait un rapporteur, ne devait pas être signifié, à peine de nullité, lorsqu'il avait été prononcé en présence des parties, « et qu'il portait que sa prononciation vaudrait signification, surtout s'il y avait eu exécution. » — (Bruxelles, 12 mess. an XII, S. et P. chr.)

20° Dernière audience et jugement définitif.

589. « Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport sera fait par le juge commis ; les parties pourront ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause ; après quoi le ministère public donnera ses conclusions. » — (Art. 257.)

Les juges peuvent admettre un divorce sur la déposition d'un seul témoin ; la règle du droit romain : *testis unus,*

testis nullus, n'est pas applicable ici—(Cass., 22 nov. 1815, S. et P. chr.)

590. « Le jugement définitif sera prononcé publiquement ; lorsqu'il admettra le divorce, le demandeur sera autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. » —(Art. 258.)

Mais l'article 258 ne fait pas obstacle à ce que le huis clos soit prononcé si cela est nécessaire, aux termes de l'article 87 du Code de procédure.

Quant à la rédaction du jugement, on devra suivre les règles ordinaires. L'article 241 du Code civil qui exige, à peine de nullité, que le jugement contienne les noms des juges, du procureur de la République, s'il a été entendu, ainsi que celui des avoués, est applicable au jugement qui propose le divorce. — (Paris, 19 frim. an XIV, S. et P. chr.)

591. En ce qui concerne l'énonciation des faits, il est satisfait au vœu de la loi, lorsque, en matière de divorce, les faits sont consignés dans une pièce déjà existante au procès, telle que le procès-verbal dressé lors de l'audience à huis clos, et qui est joint au jugement définitif. — (Cass. Bruxelles, 12 frim. an XIV, S. et P. chr. — Cass. Bruxelles, 12 mess. an XII, S. et P. chr.)

Dans ces conditions, est suffisamment motivé l'arrêt qui, pour prononcer la séparation ou le divorce, se borne à énoncer que l'époux défendeur a commis envers l'autre des excès, sévices et injures graves, sans expliquer en quoi ils consistent : aucune énonciation de faits n'est nécessaire, la décision des juges étant souveraine en cette matière, et échappant à la censure de la Cour de cassation. — (Cass., 19 avr. 1825, S. et P. chr. ; 14 janv. 1861, précité.)

De même, celui qui prononce la séparation de corps pour injures graves résultant de témoignages de mépris et d'aversion des époux l'un pour l'autre, lorsque le jugement qui a déclaré ces faits pertinents est passé en force de chose jugée. — (Cass., 20 oct. 1813, S. et P. chr.) —

Les juges ne sont d'ailleurs pas liés par leur premier jugement sur la pertinence des faits.

... Et le jugement qui ordonne la preuve des faits articulés à l'appui d'une demande en séparation de corps ou en divorce, se fondant sur ce que, dans leur ensemble, ils ont le caractère d'excès, de sévices et d'injures graves, ne fait pas obstacle à ce que les juges décident plus tard que les faits, tels qu'ils résultent de l'enquête et de la contre-enquête, n'ont pas un degré suffisant de gravité pour faire prononcer la séparation. — (Cass., 3 févr. 1863, S. 64. 1. 264, P. 63. 839, D. P. 64. 1. 185.)

Sur la fin de non-recevoir résultant de l'acquiescement, V. *suprà*, n. 331.

592. Lorsque la séparation de corps ou le divorce sont rejetés, les frais du jugement de rejet sont les mêmes que ceux d'un jugement définitif ordinaire.

Les mêmes frais sont encore dus pour le jugement qui prononce la séparation, à cette exception près que le droit d'enregistrement est au minimum de 16 fr. 50 c. comme en matière de séparation de biens. Il est dû pour l'expédition le coût du papier timbré, par rôle, 1 fr. 50 cent. de droit de greffe, y compris les 0 fr. 30 cent. qui constituent la remise du greffier.

Les jugements ou arrêts admettant le divorce n'étaient jadis soumis à l'enregistrement que sur les expéditions, et lorsque le divorce fut aboli par la loi de 1816, une décision du ministre des finances du 21 juill. 1829 (Instr. Régie, n. 1303, § 3) maintint la règle que les jugements ou arrêts antérieurs à cette loi continueraient, s'ils étaient ultérieurement présentés à l'enregistrement, à ne donner lieu qu'au droit fixe de 3 fr. établi par l'article 68, § 3, n. 7, de la loi du 22 frimaire an VII pour les expéditions des jugements des tribunaux civils. Il va sans dire que le rétablissement du divorce faisant revivre l'ancien état de choses, aucune modification, sauf la suivante, à moins de décision ou de dispositions à intervenir ultérieu-

rement, ne doit être, quant à présent, apportée à l'application pure et simple de la loi de frimaire.

Le droit fixe de 15 francs à percevoir sur les actes de divorce, établi par la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, est élevé à 50 francs par la loi de finances du 28 avr. 1816, article 48, pour les jugements de première instance admettant un divorce; et à 100 francs pour les jugements qui prononcent définitivement sur une demande de cette nature. S'il n'y a pas d'appel, ce droit sera perçu sur l'acte de l'officier de l'état civil.

593. « Tout jugement qui prononcera une séparation de corps ou un divorce entre mari et femme dont l'un serait commerçant sera soumis aux formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile, à défaut de quoi les créanciers seraient toujours admis à s'y opposer, pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite (art. 66, C. comm). » — Les formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile consistent dans la lecture du jugement de séparation ou de divorce faite publiquement à l'audience du tribunal de commerce, et l'affichage de l'extrait de ce jugement contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, professions et demeure des époux, sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune. Pareil extrait sera inséré en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement en divorce ou en séparation de corps que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que, néanmoins, il soit nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un an pendant lequel le jugement doit rester affiché.

594. Le mari, comme chef de la communauté, pourrait être régulièrement tenu du paiement des frais de la de-

mande en divorce que sa femme aurait intentée contre lui, alors même que cette demande aurait été repoussée. — (Paris, 15 mai 1815, S. et P. chr.)

Au point de vue du droit strict, cette doctrine se trouverait assez justifiée.

Toutefois, un arrêt de la Cour de Besançon, du 9 frimaire an XIV (S. et P. chr.), nous propose la distinction suivante :

Si la femme est autorisée par son mari à intenter contre lui une action en divorce, le mari devra payer les frais du procès.

Si, au contraire, le mari n'a pas autorisé la femme à introduire cette action, les frais restent à la charge de la femme dont la demande est rejetée.

Cette décision ne propose, en réalité, qu'un expédient sans application possible dans la pratique, car l'autorisation du mari n'est pas nécessaire. (V. *suprà*, n. 165.) — Et en fait, elle n'est jamais demandée; c'est à la justice que la femme, en pareil cas, s'adressera toujours.

D'un autre côté, l'intérêt de la question est médiocre, car le mari n'est qu'administrateur de la communauté, et à la dissolution, la diminution de l'actif résultant des frais du procès se trouvera nécessairement supportée par moitié. Nous pensons donc qu'il faut s'en tenir à la solution de l'arrêt de Paris.

595. Art. 259. — « Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès ou d'injures graves, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour subvenir à ses besoins. »

596. Le caractère de cette disposition, c'est celui d'une faculté que la loi donne au juge et dont il usera quand

bon lui semblera. L'art. 259 dit : « Les juges *pourront* ne pas admettre », et non pas « *devront* ». Cette disposition n'est donc pas impérative ; elle ne défend pas aux juges de déclarer immédiatement la demande justifiée, de prononcer en conséquence un jugement définitif. La loi s'en rapporte donc d'une manière absolue à la sagesse des magistrats. — (Cass , 6 mai 1807, S. et P. chr.).

L'intérêt de cette disposition est facile à comprendre en matière de divorce ; on conçoit qu'avant de prononcer la dissolution du mariage, on y regarde à deux fois. Tandis qu'en matière de séparation où la réconciliation et la réunion des époux peuvent avoir lieu avec la plus grande facilité, l'intérêt est, au contraire, d'en finir le plus vite possible avec des débats toujours pénibles et de déterminer au plus tôt la situation respective des conjoints. Aussi, dans ces cas de séparation de corps, n'est-ce que pour des motifs absolument graves que le sursis au prononcé du jugement pourra être admis. Par exemple, ainsi que le fait fort bien remarquer Chauveau sur Carré, Quest. 2985, les juges ne pourraient surseoir à prononcer la séparation de corps à cause de la poursuite en faux témoignage commencée contre un des témoins entendus dans l'enquête (Cass., 22 nov. 1815, *Journal des avoués*, t. 21, p. 162), ni même à cause d'une demande en nullité de mariage introduite pendant l'instance en séparation (Paris , 21 janv. 1811, *Journal des avoués*, t. 21, p. 153) ; à moins cependant que la disposition du témoin dans l'enquête ait une importance capitale au point de vue de la séparation de corps, ou que la demande en nullité de mariage, soit par les causes sur lesquelles elle est fondée, soit par son rang au rôle du tribunal, soit par tout autre motif, doive être promptement jugée. Il est certain qu'il y a dans la solution de cette question du sursis une très large part laissée à l'appréciation du juge, mais qu'il ne devra user de ce pouvoir d'appréciation qu'avec la plus grande réserve, et n'ordonner un sursis qu'en cas d'absolue nécessité. La même opinion, suivant nous, devrait être adoptée au cas où la séparation serait fondée sur un crime ou un

délit ressortissant de la juridiction criminelle ou correctionnelle. Dans ce cas, il est incontestable qu'en admettant un sursis, les juges civils feront acte de prudence, mais ils seront plus prudents encore en ne l'admettant pas, si, d'après les circonstances de la cause, l'accusation ou la prévention qui pèse sur le défendeur en séparation sont telles que sa condamnation paraît imminente.

597. On a décidé qu'il y a lieu de réformer la disposition qui impose aux époux une année d'épreuves avant le divorce, lorsque ce délai a été dépassé, par exemple lorsqu'il s'est écoulé deux ans depuis l'appel, et que ce système de défense devant la Cour ne permet pas d'espérer de rapprochement. — (Bruxelles, 24 avr. 1866, *Pasicrisie belge*, 67. 83, *Belgique judiciaire*, 66. 691.)

Il a été jugé également qu'on doit considérer comme recevable l'appel d'un jugement qui, avant de faire droit sur la demande en divorce a, dans le cas prévu par l'article 259, soumis les époux à une année d'épreuve. Dans ce cas, la Cour d'appel peut user du droit d'évocation et statuer sur le fond. — (Liège, 1er févr. 1855, *Pasicrisie belge*, 55. 2. 98, *Belgique judiciaire*, 55. 734.)

598. Nous venons de voir que, d'après la Cour de Liège, le jugement qui admet une année d'épreuve est susceptible d'appel. On peut alléguer, pour justifier cette décision, qu'à certains égards, le jugement rendu en conformité de l'article 259 a un caractère définitif en ce sens qu'il préjuge nécessairement le fond. Mais, peut-être, pourrait-on répondre que ce principe dont on ne doit jamais s'éloigner en matière ordinaire doit avoir ici une autorité moindre; car, en matière de divorce, la procédure absolument spéciale édictée sur les auteurs du Code civil déroge presque sur tous les points au droit commun ; d'un autre côté, et en cela nous nous rapprochons de la procédure ordinaire, l'instruction en appel est beaucoup plus expéditive qu'en première instance. La Cour ne peut pas apprécier les chances qui peuvent subsister de réconci-

liation ; elle n'en a pas le temps, et le législateur, en ne lui en donnant pas les moyens, a prouvé suffisamment qu'il considérait les chances comme épuisées et l'offense comme irrémissible, tout au moins à l'égard de la procédure, quand il est intervenu un jugement définitif. Le tribunal de première instance est, en effet, seul apte à bien juger les dispositions actuelles des époux et les moyens qu'on peut employer pour faciliter un rapprochement ; c'est devant les juges du premier degré que le législateur, avec raison du reste, a accumulé toutes les mesures nécessaires à cet effet. Le tribunal de première instance, par suite des dispositions multipliées et des sages lenteurs de la loi, est à même de voir souvent les époux comparaître devant lui, de les suivre dans toutes les phases de l'instruction, et lorsque le tribunal a cru ne pas devoir faire usage de la faculté de prolonger l'épreuve comme il en a le droit aux termes de l'art. 259, c'est qu'il est réellement impossible de réconcilier les époux, et l'on ne conçoit guère comment et en vertu de quel principe des juges d'appel, à qui le législateur n'a donné aucune mission conciliatrice ni aucun moyen de la remplir, pourraient nécessairement se charger d'une telle mission, quand ils sont moins à même de la mener à bonne fin que le juge du premier degré. D'ailleurs, il nous paraît juridiquement impossible, chaque fois qu'il s'agit d'une question de procédure en matière de divorce, de sortir de ce principe, que les dispositions du Code civil, dans ce titre, sont absolument exceptionnelles et par conséquent doivent généralement recevoir une interprétation limitative ; que le législateur n'a introduit parmi ces dispositions spéciales que celles destinées à apporter une dérogation au droit commun ; mais qu'en l'absence d'une disposition spéciale, c'est au Code de procédure qu'il faut s'en rapporter. Or, suivant nous, pour que les juges d'appel puissent connaître du sursis de l'article 259, il faudrait que le Code leur donne expressément ce pouvoir.

On doit, d'ailleurs, considérer l'article 259 comme rentrant dans le système général des lenteurs combinées en première instance pour étouffer l'action, et on ne saurait,

sans méconnaître l'esprit de loi, en transporter les effets d'appel.

599. Nous pensons, nous, qu'on ne peut apporter ici, pour trancher la question, la distinction habituelle entre les jugements définitifs, interlocutoires ou préparatoires.

L'article 259 est d'une nature spéciale, *sui generis*, comme toutes les dispositions réglant la procédure en matière de divorce, et le jugement de sursis que nous étudions ici a un caractère particulier. Il est d'abord dilatoire comme toutes les décisions qui imposent un sursis; mais il est en même temps préparatoire du jugement définitif. Car, au cas où la réconciliation n'aurait pas lieu pendant ou après l'épreuve ordonnée par l'article 259, il est évident que l'exécution du jugement de sursis deviendrait un argument très fort dans la main du demandeur et éclairerait d'une manière définitive les juges du fond sur la nécessité de décider en faveur du divorce. — (*Sic*, Besançon, 16 germ. an XIII, S. et P. chr.)

600. Maintenant que nous avons étudié les applications de l'article 259, il nous sera permis de regretter quelques vices de forme qui se sont glissés dans sa rédaction.

Une première critique a été faite à cet égard sur les premiers mots de l'article qui portent: « Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, sévices ou injures graves, *encore qu'elle soit bien établie.* » D'après M. Villequet (p. 160), « le vice de rédaction réside dans l'emploi des expressions: *encore qu'elle soit bien établie.* Il faut évidemment, ou *pour le cas où elle est bien établie*, ou *pourvu qu'elle soit bien établie.* En effet, si le demandeur n'a pas suffisamment prouvé le fondement de son action, ce qu'il faut faire, ce n'est pas remettre le jugement à un an, mais débouter le demandeur immédiatement. Le sursis n'est établi, ni pour fournir au demandeur le temps de recueillir de nouvelles preuves à l'appui de sa plainte, ni pour donner au juge l'occasion de mûrir sa conviction. C'est une trève inspirée par l'espoir de voir le temps et la

réflexion émousser chez les époux l'animosité qu'ils se portent, et qui est née de faits réels mais passagers. Réels, disons-nous, car s'il y avait doute sur leur existence, la demande devrait être immédiatement écartée. Cette solution ressort avec évidence du rapprochement des articles 259 et 260. Celui-ci en effet porte que, si le sursis n'a pas eu pour effet d'opérer la réconciliation, le divorce est immédiatement prononcé. Si le cas de rejet de la demande en divorce n'est pas prévu dans cette disposition, c'est qu'elle présuppose établi par l'article 259 que le sursis ne pourra être accordé que si la demande est positive.»—Nous ne croyons point, nous, qu'on doive se montrer si sévère à l'égard des rédacteurs du Code civil; nous sommes même convaincu qu'ils n'ont voulu mettre dans l'article 259 que ce qu'ils y ont mis. Le législateur accorde au juge dans l'article 259 une faculté d'un genre particulièrement exceptionnel. Mais il n'a pas craint que le juge s'en servit pour admettre des demandes en divorce, fondées sur les causes énumérées dans le texte, alors même qu'elles ne seraient pas bien établies en laissant au temps le soin d'achever son œuvre. Il a voulu, sans imposer toutefois aux tribunaux le sursis de l'article 259, que ceux-ci puissent faire usage de cette faculté quand même, aux yeux de tous, la demande serait absolument fondée et la décision admettant le divorce parfaitement justifiée. Le législateur, après avoir épuisé tous les moyens possibles d'arrêter l'action, a voulu laisser encore une porte ouverte à des chances dont il ne peut déterminer la nature et qu'on ne peut plus prévoir. Voilà pourquoi il a donné aux juges la faculté d'imposer aux époux un temps d'épreuve. — Les mots *encore qu'elle* soit bien établie, que porte l'article 259 à propos de la demande, disent donc bien ce qu'ils veulent dire; on peut les trouver surabondants, mais ils ne sont pas certainement amphibologiques.

601. En revanche, nous reconnaissons, sans difficulté, dans l'article 259, un vice de rédaction autrement grave.

Cette disposition, par sa forme, suppose que ce sera toujours la femme qui sera demanderesse en divorce. « *Dans ce cas, dit-il, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos, et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire... si la femme n'a pas elle-même de revenu... etc.* »

602. Nous savons qu'il n'est question dans l'article 259 que du cas où le divorce a été demandé pour une des causes énumérées dans l'article 231, les sévices, excès ou injures graves. Or, l'article 231 porte, que les époux pourront *réciproquement* demander le divorce, etc. Le mari pourra donc être aussi bien demandeur dans ce cas que la femme, et s'il en est ainsi, il y aura tout autant de raison d'attendre une réconciliation que dans le cas où il est défendeur; l'article 259, en se référant aux dispositions de l'article 231 se trouve être néanmoins en contradiction littérale avec ce dernier texte.

L'erreur de rédaction est donc ici de toute évidence.

Elle s'explique par des motifs historiques.

603. Nous avons dit (*suprà*, n. 32 et s.) que le texte primitif de l'article 231 n'accordait qu'à la femme le droit de demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves : les auteurs du projet avaient subi l'influence du *plerumque fit*. Mais sur observations faites au Conseil d'État, on admit la réciprocité. Pour être logique, il fallait apporter le même changement dans l'art. 259 que dans l'art. 231 mais, lorsqu'on discuta l'art. 259, on omit la correction faite à l'article 231. Ce qu'il y a de plus remarquable, c'est que cette omission se soit perpétuée à travers tous les projets et toutes les discussions de ces dernières années, et soit finalement restée dans la loi récemment promulguée.

Que faut-il en conclure ?

Doit-on prendre l'article 259 au pied de la lettre ou doit-on, par une sage interprétation du texte, en étendre

l'application à tous les cas où l'article 231 lui-même est applicable?

Il nous semble que ce dernier parti doit être adopté. L'article 231 contient le principe, et l'article 259 ne contient pas d'exception à ce principe; on peut, au contraire, y voir une conséquence, une application de la règle générale contenue dans l'article 231. On ne peut pas, d'ailleurs, supposer que le législateur ait voulu créer une anomalie.

L'article 259 ne doit donc pas être considéré comme restrictif; en parlant de la femme seule, il prend, comme exemple du cas qu'il prévoit, l'hypothèse la plus fréquente, mais sans y restreindre son application.

Cette omission du législateur ne s'est pas produite seulement dans l'article 259, en ce qui concerne le domicile de la femme; elle existe encore quand il est parlé des aliments.

604. Mais il est juste de reconnaître, et c'est là surtout ce qui, dans les circonstances actuelles, nous permet heureusement de donner à l'article 259, sans hésiter, l'interprétation large que nous indique le principe contenu dans l'article 231, il est juste de reconnaître que le législateur n'a pas, dans toutes les dispositions accessoires de cette dernière, commis la même erreur de rédaction.

Et, d'ailleurs, dans les autres textes qui concernent soit les intérêts des époux, comme le titre du contrat de mariage, soit les obligations et les devoirs respectifs qui naissent de leur union, on voit partout que la réciprocité était bien, en toute cette matière, l'idée dominante du législateur.

On trouvera donc, dans la logique comme dans les autres textes du Code civil, motifs suffisants pour justifier, en ce qui concerne l'application de l'article 259, l'adoption dans la pratique de l'interprétation large qui convient à une disposition de ce genre.

605. « Après une année d'épreuve, si les parties ne se

sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif qui pour lors admettra le divorce (art. 260). »

Dans ce cas, la citation dont parle l'article 260, que l'époux demandeur devra adresser à l'époux défendeur, devra, si ce dernier est la femme, être remise à la résidence qui lui aura été assignée en vertu de l'article 259 et non au domicile du mari. — (C. proc., art. 241, § 2.)

606. Il fallait fixer un maximum au délai d'épreuve : ce maximum est d'un an. Au bout de ce temps, si la réconciliation n'est pas un fait accompli, le tribunal *doit* admettre le divorce; il ne s'agit plus alors d'apprécier les faits, ils l'ont été une fois pour toutes et, d'ailleurs, il paraît suffisamment démontré, en pareil cas, que le mal est irrémédiable.

607. Les articles 259 et 260 qui autorisaient les juges, en matière de divorce, à prescrire une année d'épreuve avant de statuer sur la demande, ne sont pas applicables à la séparation de corps. — (Montpellier, 1er prair. an XIII, S. et P. chr. — Bastia, 2 août, 1824, S. et P. chr., D. P. 25. 2. 214. — Rennes, 21 févr. 1826, S. et P. chr., D. P. 28. 2. 30; 28 mars 1833, P. chr. — *Sic*, Pigeau, *Proc. civ.*, t. 2, p. 569; Duranton, t. 2, n. 610; Chauveau sur Carré, Quest. 2985; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 260, n. 1. — *Contrà*, Carré, *loc. cit.*; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 2, n. 10; Massol, p. 132; Demolombe, t. 4, n. 486.)

...Notamment, quand la séparation est demandée pour adultère en même temps que pour sévices et injures graves. — (Bastia, 2 août 1824, précité.)

Il a été jugé toutefois qu'une Cour qui rejette une demande en séparation de corps peut ordonner qu'il soit sursis pendant trois mois à l'exécution de son arrêt. — (Cass., 24 juin 1812, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 267.)

§ IV. — Procédures particulières au divorce pour condamnation a une peine afflictive et infamante.

608. L'ancien texte de l'art. 261 portait :

« Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour d'assises, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. » — (C. civ., 232.)

M. Ronjat présenta au Sénat, relativemeni à cet article, les observations suivantes, concernant particulièrement la disposition de cet article sur le certificat à délivrer par la Cour d'assises :

« Il est bien difficile de concevoir que la Cour d'assises donne un certificat pareil. La Cour d'assises n'existe plus, une fois la cession terminée, et la Cour d'assises n'a pas fonction pour donner des certificats. Dans le Code de procédure civile on prévoit le cas où un jugement doit être exécuté contre un tiers et l'on décide que le jugement ne sera exécuté que sur un certificat du greffier constatant que le jugement est définitif.

« Je propose une modification semblable, qui consiste en ce que ce certificat sera délivré, non plus par la Cour d'assises, mais par le greffier. J'ajoute que ce certificat portera seulement que la décision n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales *ordinaires;* le mot *ordinaires* est indispensable, parce que, en effet, un arrêt de Cour d'assises, un jugement d'un tribunal militaire ou d'un tribunal maritime, un jugement portant condamnation peut toujours, à toute époque, être réformé par des voies légales dans deux hypothèses : lorsqu'il y a lieu à révision de la décision portant condamnation, ou lorque le

garde des sceaux, usant de la faculté que lui accorde la loi, défère la décision à la Cour de cassation, tant dans l'intérêt de la loi que dans l'intérêt du condamné. Ces deux révisions s'opèrent à une époque quelconque, et par conséquent, on ne peut jamais dire qu'un jugement, qu'une décision de la juridiction répressive n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales. C'est pourquoi j'introduis dans l'amendement les mots suivants : «... susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires... ». — (Sénat, séance du 23 juin 1884, *Journal officiel* du 25.)

609. Les modifications proposées par M. Ronjat ayant été adoptées par le Sénat et la Chambre des députés, le nouvel article 261 est ainsi conçu :

« Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine afflictive et infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation, avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. Le certificat du greffier devra être visé par le procureur général ou par le procureur de la République. »

Cette nouvelle rédaction laisse en dehors des causes pour lesquelles le jugement ou l'arrêt de condamnation pourraient n'être pas tenus pour définitifs la révision des procès criminels. Il va de soi, d'un autre côté, qu'il ne peut être question, à propos de l'article 261 du Code civil, de la décision qui intervient conformément au Code de justice militaire (1857-1858) sur les recours formés devant les conseils de révision des armées de terre et de mer. Ce sont, en effet, des voies de recours analogues aux pourvois en cassation ou au Conseil d'État, soumis à des délais déterminés et ne pouvant par conséquent rentrer dans l'hypothèse prévue par le législateur quand il a modifié le texte de l'article 261.

610. Quant au certificat, le nouvel article 261, statuant *de eo quod plerumque fit*, n'en détermine la forme et n'indique le rédacteur que pour le cas où la décision a été rendue en cour d'assises ; dans cette hypothèse, c'est le greffier qui rédige le certificat et le procureur général ou le procureur de la République du lieu où siège la Cour d'assises qui doit le viser. — Mais quel sera le magistrat compétent pour opposer son visa lorsque la décision émanera d'une juridiction maritime et militaire ? La loi reste muette à cet égard ; il semble naturel de combler le vide que le législateur a laissé dans l'article 261, en disant que ceux qui seront compétents pour le visa seront les magistrats qui occuperont près de ces juridictions exceptionnelles le siège du ministère public. Mais il eût mieux valu que la loi nouvelle fût plus explicite et qu'elle désignât expressément des commissaires du gouvernement près ces juridictions.

611. Si la procédure du divorce est dans son ensemble exceptionnelle, on doit reconnaître qu'elle présente une marche générale parfaitement logique et parfaitement régulière quand il s'agit des causes de divorce énumérées dans les articles 229, 230 et 231 ; mais celle qui se rapporte à l'article 232 et qui est précisée dans l'article 261 est absolument *sui generis* : c'est une exception dans l'exception.

Le caractère essentiel de la procédure ordinaire en divorce, c'est la lenteur, les comparutions sans cesse renouvelées des parties. On peut dire qu'aucune instruction n'est plus contradictoire ; l'article 261 déroge absolument à ce caractère général. — Loin d'être contradictoire, la procédure est extraordinairement expéditive, il n'y a pas la moindre discussion, pas d'assignation ; il suffit de produire un arrêt criminel en prouvant qu'il est définitif, et le divorce est admis par un simple jugement sur requête. Nous avons même eu l'occasion de voir, en étudiant les dispositions de l'article 272 (*suprà*, n. 331 et s.), que certains auteurs, dont nous avons du reste rejeté l'opinion, en-

seignent que dans ce cas la demande en divorce est dispensée du préliminaire de conciliation.

612. Malgré cela, il y a encore quelques règles générales de la procédure en divorce qui doivent continuer à recevoir leur application, même dans l'instruction toute spéciale de l'article 261, notamment celles qui sont contenues dans les articles 202 et 260 du Code civil, à l'égard des voies de recours ouvertes contre les jugements et les arrêts admettant le divorce pour quelque cause que ce soit.

Nous sommes convaincu aussi, malgré l'opinion de quelques auteurs, que la loi, dans l'article 261, n'a rien innové quant aux formalités à observer pour l'introduction de la demande, et cela est non seulement équitable, ainsi que nous croyons l'avoir suffisamment démontré (*suprà*, n. 331 et s.), mais encore conforme au texte lui même de l'article 261. Cet article s'exprime, en effet, de cette façon : « *Lorsque le divorce sera demandé...*, etc., *les seules formalités à remplir*, etc. ». Ainsi, ce n'est pas pour la demande elle-même qu'il y a une formalité à remplir, c'est au contraire après que le divorce est demandé.

Pour que le défendeur pût échapper dans ce cas aux formalités introductives d'instance, il eût fallu dans l'article 261 une autre rédaction, celle-ci par exemple : « *En matière de divorce pour condamnation, les seules formalités*, etc. »

613. Étant admise l'interprétation que nous proposons de l'article 261, son application ne souffre aucune difficulté sérieuse, lorsque la condamnation sur laquelle se base l'époux demandeur pour fonder son action en divorce a été prononcée après un débat contradictoire; mais qu'arrivera-t-il lorsqu'il s'agira d'une condamnation par contumace ?

Le Tribunat, lors des discussions préliminaires du Code civil, avait prévu cette difficulté et avait proposé un article additionnel portant expressément que, lorsque l'un

des époux aurait été condamné par contumace à une peine infamante, la demande en divorce formée par son conjoint ne pourrait être introduite qu'à l'expiration du délai de cinq années, qui rend la condamnation définitive *in preteritum*. — (*V.* à cet égard art. 476, C. instr., crim. et C. civ., art. 29.)

Mais le Tribunat formait un autre vœu dont l'adoption aurait, suivant nous, pu entraîner beaucoup trop loin les conséquences des délais ajoutés les uns aux autres, et prolonger ainsi indéfiniment des situations pénibles. Cette seconde modification consistait à édicter une disposition d'après laquelle, si le condamné, à l'expiration du délai de cinq années, se représentait avant que la prescription de la peine qui empêche toute rétractation du jugement de condamnation ne fût acquise, le tribunal fût obligé de surseoir au jugement sur l'action en divorce, jusqu'après le jugement ou l'arrêt définitif du crime ou du délit commis par le défendeur.

Le Conseil d'État rejeta ces propositions ; mais il semble, du moins en ce qui concerne la première, qu'elle est dans la nature des choses.

En tous cas, il a été jugé que l'époux du condamné par contumace à une peine infamante temporaire ne peut demander le divorce et obtenir le certificat de la Cour d'assises exigé par le Code civil, article 261, avant l'expiration du délai de vingt ans, sans comparution, fixé pour l'irrévocabilité absolue de la condamnation. — (Cass., 17 juin 1813, S. et P. chr.)

614. On sait toutefois que les Cours d'appel décident habituellement que la chambre du conseil est compétente pour connaître, sur simple requête accompagnée de la présentation des pièces exigées dans l'article 261 du Code civil, d'une demande en séparation de corps formée par un époux contre un conjoint pour condamnation à une peine infamante. — (Paris, 6 août 1840, S. 41. 2. 49. — Colmar, 15 juill. 1846, S. 47. 2. 196, D. P. 47. 2. 38. — Paris, 19 août 1847, S. 47. 2. 524, D. P. 47. 4. 436 ;

3 févr. 1852, S. 52. 2. 60, D. P. 52. 2. 204. — Dijon, 28 déc. 1864, S. 65. 2. 124. — Bordeaux, 11 août 1868, S. 69. 2. 14, P. 69. 100, D. P. 69. 2. 116. — Caen, 29 janv. 1872, S. 72. 2. 75, P. 72. 449, D. P. 72. 2. 159; 12 juin 1867, S. 68. 2. 112, P. 68. 368, D. P. 67. 5. n. 393; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 261, n. 2. — *V.* aussi dans le même sens Trib. Dijon, 16 janv. 1867, D. P. 69. 3. 416.) — Ce dernier jugement déroge à la jurisprudence habituelle des tribunaux de première instance qui exige, au contraire, que cette demande soit introduite par la voie ordinaire et par assignation devant le tribunal. — (*V.* à cet égard les jugements reformés par les arrêts précités.)

615. Sans doute, suivant les dispositions de l'article 261 du Code civil, au cas de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, il suffit à l'autre époux demandeur en séparation, pour justifier sa demande, de produire « une expédition en forme du jugement de condamnation et un certificat du greffier portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale ordinaire. » Mais la célérité du mode de procéder organisé par l'article 261 se concilie très aisément avec le respect des règles de compétence et de juridiction.

Le législateur n'ayant pas expressément attribué compétence à la chambre du conseil et autorisé la voie tout exceptionnelle de la simple requête, il y a lieu d'exiger de la demanderesse qu'elle procède suivant les règles ordinaires de la procédure et en joignant à sa requête assignation devant le tribunal siégeant en audience publique.

Le respect du droit de défense s'impose ici, comme partout, à la conscience des juges. — (*V.* en ce sens, Marcadé, art. 307, n. 1; Demolombe, *Traité du mariage*, t. 4, n. 435; Aubry et Rau, t. 5, § 493, p. 189; Valette, *Explic. sommaire*, p. 145; Chauveau sur Carré, Quest. 2968.)

616. La jurisprudence est aujourd'hui d'accord pour décider l'article 261 applicable à la séparation de corps

comme au divorce : il n'y a pas lieu d'invoquer ici l'article 307. — (Colmar, 15 juill. 1846, S. 47. 2. 196, P. 47. 1. 440, D. P. 47. 2. 38. — Paris, 19 août 1847, S. 47. 2. 524, P. 47. 2. 505, D. P. 47. 2. 436; 3 févr. 1852, S. 52. 2. 60, P. 52. 1. 183, D. P. 52. 2. 204. — Caen, 13 mai 1867, S. 68. 2. 112, P. 68, 368, D. P. 67. 5. 393; 29 janv. 1872, S. 72. 2. 75, P. 72. 449, D. P. 72. 2. 159; 2 août 1883, S. 84. 2. 46. — Bordeaux, 11 août 1868, S. 69. 2. 14, P. 69. 100, D. P. 69. 2. 116. — *Sic*, Duranton, t. 2, p. 586; Delvincourt, t. 1, p. 193; Carré, n. 9768; Pigeau, *Proc. civ.*, t. 2, p. 552; Massol, p. 106, n. 12; Aubry et Rau, t. 5, p. 182, § 494; Demante, t. 2, n. 9 *bis*-VI; Fuzier Herman, *Code civil annoté* art. 261, n. 1 et suiv. — *Contrà*, Toullier, t. 2, n. 771; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 4, art. 1, n. 11; Marcadé, sur l'art. 307, n. 1; Demolombe, t. 4, n. 485; Aubry et Rau, t, 5, p. 189, § 493, qui abandonnent leur propre opinion précédemment énoncée, t. 5, p. 182, § 493; Chauveau sur Carré, n. 2968; Valette, *Expl. somm.* p. 14 .

L'époux demandeur pourra donc introduire sa demande en l'appuyant simplement d'une expédition de l'arrêt, de condamnation et d'un certificat du greffe attestant que cet arrêt n'est susceptible d'être réformé par aucune voie ordinaire de recours. — (Dijon, 28 déc. 1864, S. 65. 2. 124, P. 65. 583, D. P. 65. 2. 7. — Caen, 12 mai 1867, S. 68. 2. 112, P. 68. 368, D. P. 67. 5. 393; 29 janv. 1872, précité. — Bordeaux, 11 août 1868, S. 69. 2. 14, P. 69. 100, D. P. 69. 2. 116. — Trib. Dijon, 16 janv. 1867, D. P. 69. 3. 416.)

Il a même été jugé, suivant l'opinion qui repousse dans l'espèce le préliminaire de conciliation et les règles ordinaires de l'introduction de l'instance (*V.* le numéro précédent), que la demande en séparation de corps, basée sur la condamnation à une peine infamante, n'est pas nécessairement soumise aux formalités des articles 875 et suivants du Code de procédure civile, et notamment à la comparution préalable devant le président du tribunal civil. — (Paris, 6 août 1840, S. 41. 2. 49, P. 40. 373, D. P. 41. 2. 48.)

617. Le Code civil hollandais assimile l'adultère à la condamnation à une peine afflictive et infamante, et établit pour l'une et l'autre une procédure toute spéciale, encore plus *sui generis* que celle de notre article 261. Voici le texte de la disposition correspondante dans le Code des Pays-Bas :

« Quand un des époux a été condamné à une peine par un jugement *dont il appert qu'il a commis un adultère*, l'autre époux pourra demander le divorce sans autre forme de procès que de produire devant le tribunal d'arrondissement une expédition du jugement, avec un certificat attestant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. Cette disposition est également applicable au cas où le divorce est demandé du chef de la condamnation d'un des époux à une peine infamante (art 265). »

Ainsi, dans la disposition du Code civil hollandais, nous constatons deux différences essentielles :

1° Il n'est pas besoin que le jugement ou arrêt sur lequel se base la demande en divorce porte condamnation pour que cette demande soit admissible ; il suffit, au contraire, que le crime ou délit sur lequel repose l'action, ait été constaté judiciairement par un jugement, quand même cette décision aurait autre chose pour objet principal.

2° L'adultère est mis sur la même ligne que le délit ou le crime pouvant entraîner une condamnation à une peine infamante.

618. En Belgique, l'article 261 a été implicitement abrogé, comme l'article 232, par le Code pénal de 1867.

619. Lorsque la demande en divorce est intentée pour cause de condamnation de l'un des conjoints à une peine infamante, le demandeur présente une requête pour exposer sa demande en y joignant une expédition en forme de l'arrêt de condamnation. Le président rend sur cette

requête une ordonnance par laquelle il commet un juge pour faire son rapport à l'audience, après communication préalable de la cause au ministère public. Au jour indiqué, le tribunal, après avoir entendu la lecture du rapport et les conclusions du ministère public, statue dans la forme ordinaire des jugements sur requête. Toute autre instruction devant le tribunal est inutile, le fait de condamnation étant décisif. Les émoluments dus à l'avoué sont ceux de la requête, qui comprennent, même dans ce cas, la vacation pour communiquer au ministère public, savoir : 15 fr. à Paris, 13 fr. 50 cent. dans le ressort, et 12 fr. ailleurs. C'est l'article 79, §§ 3 et 6 du Tarif, qu'on doit appliquer ici par analogie. Quant aux frais du jugement dont la minute doit être portée à la suite de la requête, ils se composent du coût du timbre de la feuille d'audience et du répertoire, plus l'enregistrement, 8 fr. 50 cent; mention au répertoire, 0 fr. 10 cent. — Pour l'expédition, le coût du papier timbré, plus le droit de greffe, 1 fr. 38 cent. par rôle, y compris la remise du greffier, savoir : 0 fr. 30 cent.

§ V. — Voies de recours.

1° Caractère général de la procédure d'appel.

620. L'article 262 est ainsi conçu : « En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif rendu par le tribunal de première instance en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par la Cour d'appel comme affaire urgente. »

Cet appel peut être exercé d'une manière indépendante et isolée pour chacune des décisions.

La procédure d'urgence dont il est parlé à notre texte est la procédure sommaire, telle qu'elle est réglée par le Code de procédure civile.

621. De quelles décisions pourra-t-on appeler? Le texte dit : en cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif.

Faut-il s'en tenir à la lettre même de l'article 262, ou bien, au contraire, y a-t-il lieu d'appliquer les règles générales de la procédure en ce qui concerne les jugements préparatoires et interlocutoires?

Peut-on appeler d'un jugement préparatoire ou interlocutoire, ou bien faut-il réduire l'application de l'article 262 au jugement sur la demande d'admission et au jugement sur le fond comme semble l'indiquer le texte?

622. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette question très controversée en étudiant un point particulier : l'application de l'article 247 (V. *suprà*, n. 513); et nous avons conclu que l'appel pouvait être interjeté du jugement qui intervient après celui sur l'admission, pour autoriser la preuve des faits allégués par le demandeur : c'est bien là un jugement préparatoire; nous avons aussi adopté cette opinion, que l'appel en ce cas doit être suspensif.

C'est donc dans ces conditions que nous admettons en principe qu'on peut appeler en matière de divorce de tous les jugements préparatoires ou interlocutoires.

La jurisprudence est loin d'être d'accord sur la question. Quant à nous, nous avons déjà fait des distinctions suivant la nature des décisions qui peuvent intervenir au cours de l'instance en divorce. Les unes en effet rentrent exclusivement dans le système général de la procédure de première instance dont le caractère est empreint d'une sage lenteur et qui fourmille d'exceptions dilatoires; celle qui intervient par exemple dans l'article 259 nous parait tellement contraire au caractère expéditif de la procédure d'appel, que nous avons pensé que les juges du second degré ne pouvaient pas en connaître. (V. *suprà*, n. 598.)

Nous avons adopté l'opinion contraire pour le jugement

ordonnant la preuve des faits reconnus pertinents, parce qu'il nous a semblé que la rapidité avec laquelle pouvait être jugé en appel ce point très simple de l'instruction n'était pas contraire au caractère général de la procédure d'appel. (V. *suprà*, n. 498.)

Nous admettons donc, en thèse générale, que le caractère interlocutoire ou préparatoire d'un jugement en matière de divorce n'est pas suffisant pour l'empêcher d'être susceptible d'appel; suivant nous, la procédure en divorce est tellement spéciale que sur ce point particulier on ne saurait sans danger contrevenir à l'esprit de la loi, faire revivre dans cette procédure les règles générales de la procédure civile, sauf, bien entendu, les cas que nous avons signalés au cours de cette étude, et où l'application des règles du droit commun rentre d'une manière incontestable dans l'intention du législateur.

623. Ainsi, nous repoussons la doctrine d'après laquelle tous les jugements préparatoires ou interlocutoires en matière de divorce doivent être considérés comme en dernier ressort.

D'après cette doctrine, le jugement qui admet la demande en divorce et le jugement définitif sont seuls susceptibles d'appel.

En conséquence, ne serait pas recevable l'appel du jugement qui admet le demandeur à la preuve des faits qu'il a articulés et le défendeur à la preuve contraire.

Cette non-recevabilité étant d'ordre public, devrait, dans le silence des parties sur ce point, être déclarée d'office par le juge. — (Gand, 13 août 1883, *Pasicrisie belge*, 84. 2. 8.)

En tous cas, aux termes de l'article 262 du Code civil, si la faculté d'appeler du jugement d'admission de la demande en divorce est ouverte dans l'hypothèse où elle a été exercée avant le jugement du fond, les juges saisis de cet appel doivent se borner à statuer sur la

régularité ou l'irrégularité du jugement d'admission de la demande.

Et une Cour d'appel qui statuerait sur la pertinence des faits allégués, ce qui constituerait le fond dont la Cour d'appel n'est pas saisie, excèderait son pouvoir et usurperait celui que l'article 247 attribue au tribunal de première instance. (V. *infrà*, n. 629.)

Nous nous sommes déjà prononcé sur le point particulier pris ici comme exemple, en commentant l'article 247, *suprà*, n. 498.

624. Voici maintenant les arguments qu'on produit pour soutenir que les jugements préparatoires ou interlocutoires en matière de divorce sont en dernier ressort.

On invoque d'abord les travaux préliminaires du Code civil. Le Conseil d'État, dans la seconde rédaction de l'article 262, admettait expressément l'appel à l'égard de tous les jugements, soit préparatoires, soit définitifs, et cette rédaction absolue a fait place, sans discussion, à la formule abrégée que présente actuellement l'article 262.

M. Villequet (p. 171) apprécie ces modifications de la manière suivante : « Ce changement n'a qu'une signification possible, c'est que le législateur, pesant les conséquences de la disposition projetée, s'est arrêté à cette considération, qu'après les lenteurs calculées et les épreuves si nombreuses de la procédure de première instance, il fallait, autant qu'il était raisonnable de le faire, restreindre la faculté d'appel et supprimer, par la déclaration d'urgence, les retards dont on n'attendait plus aucun résultat favorable. Voilà, à notre avis, les motifs de la rédaction actuelle de l'article 262, et ces motifs doivent nous faire rejeter toute extension de la faculté d'appeler à aucun cas autre que les deux qui sont formellement prévus. »—(*Sic*, Angers, 5 mai 1808, S. et P. chr.)

625. Cette interprétation, suivant nous, repose sur une étude incomplète des travaux préparatoires du Code civil qu'elle invoque en sa faveur, et tombe nécessairement.

lorsqu'on se rend un compte exact des diverses étapes que le législateur a parcourues avant d'arriver à la rédaction définitive de l'article 262.

Le projet de l'an VII portait les dispositions suivantes :

ART. 21. — « *Si le défendeur interjette appel* du jugement, la cause est pareillement jugée à huis clos par le tribunal d'appel sur le rôle des affaires urgentes... sur la simple signification de la partie la plus diligente de la mise au rôle. »

ART. 22. — « *Si le demandeur a interjeté appel* du jugement qui lui a refusé la permission de suivre sa demande, il le dénonce au commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel... lequel... doit donner ses conclusions par écrit, sur le vu desquelles le tribunal... doit prononcer sur le bien ou le mal jugé... Le jugement est signifié au demandeur, à la diligence du commissaire du gouvernement. »

Le tribunal de cassation consulté avait proposé une rédaction d'une extrême brièveté ; il résumait ces deux dispositions en ces quelques mots :

« *En cas d'appel,* soit du jugement qui a refusé de citer, soit du jugement définitif, la cause est jugée à huis clos par le tribunal d'appel sur le rôle des affaires urgentes, etc. »

C'était purement et simplement l'application du droit commun sans restrictions, quant aux deux degrés de juridiction, sauf celles qui résultaient de la procédure encore en vigueur à cette époque et qui était régie par la loi de brumaire an II ; cette loi repoussait l'appel des jugements préparatoires au cours d'une instruction, et continuait en appel les errements de huis clos qui sont un des caractères particuliers de la procédure du divorce.

626. C'est cette rédaction qui prévalut devant le Conseil d'État avec une modification qui a, dans l'espèce, une grande importance. Le Conseil d'État ajoutait expressément « en cas d'appel *du jugement qui aurait ordonné ou refusé la preuve.* » Par ces mots, le Conseil d'État admettait

nettement l'appel du second jugement rendu en vertu de l'article 247 pour ordonner la preuve des faits, après avoir statué sur l'admission de la demande.

Mais cette rédaction pouvait encore donner lieu à des difficultés ; le jugement qui déclare les faits pertinents et en ordonne la preuve n'est pas la seule décision préparatoire de laquelle il puisse être utile, nécessaire même quelquefois, d'appeler en matière de divorce.

Aussi le Conseil d'Etat (séance du 14 nivose an X) donna-t-il une nouvelle extension à la formule proposée par le tribunal de cassation, en disant expressément : « *en cas d'appel d'aucun jugement, soit préparatoire, soit définitif.* »

627. Si lors de l'adoption de l'ensemble du projet sur le titre du divorce, adoption qui eut lieu d'ailleurs sans discussion, le texte actuel de l'article 262 s'est trouvé substitué au texte proposé et adopté en dernier lieu par le Conseil d'Etat, cela ne peut s'expliquer que de deux façons : d'abord par une erreur, ce qui est peu probable ; en second lieu, et c'est l'explication la plus vraisemblable, par le désir que le Conseil d'Etat avait de rapprocher autant que possible la procédure spéciale au divorce des règles générales du Code de procédure civile dont la préparation venait de lui être également confiée.

Si tel est l'esprit du législateur, on devrait tout au moins, dans l'interprétation de l'article 262, faire une distinction conforme d'ailleurs aux principes généraux de la procédure entre les jugements simplement préparatoires et les jugements interlocutoires au point de vue du dernier ressort en matière de divorce.

C'est en ce sens qu'il a été jugé, que le jugement interlocutoire avant le jugement définitif peut être frappé d'appel, et qu'il en est ainsi spécialement du jugement qui admet la preuve de la réconciliation. — (Bruxelles, 25 juin 1862, *Belgique judiciaire*, 62. 945, *Pasicrisie belge*, 63. 2. 359.)

628. Nous avons cité d'autres autorités en ce sens (*suprà*, n. 490 et suiv.). Nous avons déjà indiqué le système qui, suivant nous, nous semble le plus pratique ; il pourrait se formuler ainsi :

La procédure en divorce étant exceptionnelle, elle ne doit suivre les règles du droit commun, au cas où le législateur aurait négligé de réglementer certaines hypothèses, que si les règles du droit commun ne sont point en opposition avec les principes qui régissent la procédure en divorce.

Ceci posé, on peut établir entre les diverses décisions qui peuvent intervenir au cours d'une action en divorce la distinction suivante :

La procédure en divorce présente deux sortes de décisions interlocutoires : celles qui appartiennent essentiellement à la procédure spéciale établie par la loi pour le cas de divorce, et celles empruntées au droit commun qui se présentent néanmoins au cours des actions en divorce. On trouve des exemples de ces derniers dans l'article 268.

Les premières sont en dernier ressort; c'est parmi celles-ci que nous rangeons les décisions à intervenir sur l'article 259.

Les secondes, au contraire, peuvent être frappées d'appel. — (*Sic*, Laurent, t. 3, n. 246, p. 287.)

629. Ceci posé, deux principes dominent la procédure en appel : d'abord, une Cour ne peut statuer que sur l'objet dont elle a été saisie ; elle ne saurait ici évoquer le fond. (V. *suprà*, n. 623.)

En second lieu, la procédure d'appel en matière de divorce étant absolument exceptionnelle en ce qui concerne l'instruction en première instance, et l'article 262 adoptant un principe absolument contraire, et opposant aux lenteurs calculées du premier degré de juridiction la célérité d'une procédure urgente, il en résulte que la Cour devant laquelle un appel aura été porté en matière de divorce ne devra pas faire revivre devant elle toutes les phases de la procédure en première instance.

630. Reprenons le premier de ces deux principes.

De ce qu'en appel, la Cour ne peut statuer que sur l'action dont elle est saisie, on peut déduire les conséquences suivantes : lorsque ce n'est que sur un jugement interlocutoire, tel que celui qui statue sur l'admission de la demande, que l'appel est interjeté, les juges du second degré doivent s'en tenir à l'examen de la régularité du jugement dont est appel; ils ne peuvent statuer sur le fond. — (Caen, 30 juill. 1806, S. et P. chr.)

631. Et lorsque le tribunal a admis immédiatement une demande en divorce pour cause d'excès, sévices ou injures graves, une Cour d'appel ne saurait sans excès de pouvoir imposer le sursis de l'article 259. — (Besançon, 16 germ. an XII, S. et P. chr. — V. *suprà*, n. 598.)

632. D'ailleurs, lorsqu'une femme a vu sa demande en divorce repoussée *de plano* pour défaut de preuves, la Cour d'appel ne peut, par application de l'article 259, l'autoriser à quitter le domicile conjugal ni imposer au défendeur un délai d'épreuve. — (Nîmes, 8 juill. 1807, S. et P. chr.)

A plus forte raison, ne peut-on articuler en appel de faits nouveaux. (V. *suprà*, n. 333.)

633. Au reste, conformément aux articles 249 et 250 du Code civil, le débat entre les parties est strictement circonscrit devant le premier juge; c'est devant le tribunal de première instance qu'elles doivent, à peine de déchéance, désigner en nom les témoins qu'elles se proposent de faire entendre et indiquer les faits sur lesquels devra porter la preuve. — (Gand, 3 déc. 1874, *Pasicrisie belge*, 75. 2. 60. — Liège, 11 août 1871, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 81. — Bruxelles, 18 juill. 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 182. — *Contrà*, Gand, 31 juill. 1881, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 33. — Bruxelles, 3 mars 1881, *Pasicrisie belge*, 82. 2. 416. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 227 et 247.)

634. D'après le second principe que nous avons énoncé,

les formalités rigoureuses que prescrivent les articles 240 et suivants du Code civil ne sont applicables qu'en première instance. Elles le seraient encore en appel à défaut d'un texte spécial ; mais cette disposition spéciale existant dans l'article 262 qui ordonne que la cause en appel sera instruite et jugée par la Cour comme affaire urgente, les juges n'ont pas d'autres règles à suivre. — (Liège, 11 juill. 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 2. 331.)

Il en résulte que la procédure prescrite par les articles 246 et 247 du Code civil en matière de divorce ne se rapporte qu'à l'instruction en première instance ; ce sont là des formalités exceptionnelles et spéciales qui ne peuvent être invoquées en appel en présence de la disposition de l'article 262. Ainsi, une Cour saisie à la fois d'un appel sur le jugement d'admission de la demande et sur le jugement définitif peut, après avoir déclaré nulles l'une et l'autre de ces deux dispositions, prononcer sur le fond et admettre le divorce sans qu'il soit besoin de plaider encore sur l'admissibilité de la demande et la pertinence des moyens, ni de statuer à nouveau sur ce point par un arrêt préalable à celui qui juge le fonds. — (Cass. belge, 29 déc. 1881, *Pasicrisie belge*, 82. 1. 21.)

La même solution devrait être admise en ce qui concerne les articles 249 et 252 du Code civil. — (Liège, 11 juill. 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 2. 331.)

635. Au surplus, la disposition de l'article 248 qui fait partie également des règles relatives à la procédure en divorce n'exigeant la comparution personnelle du demandeur que devant le tribunal de première instance, on ne saurait l'invoquer en appel où l'affaire doit être jugée comme urgente. — (Liège, 25 nov. 1863, *Pasicrisie belge*, 64. 2. 47.)

La même Cour a décidé qu'il en serait ainsi spécialement de l'absence du demandeur, lors des conclusions prises en appel, cette absence ne pouvant faire obstacle à ce que l'instance soit réputée liée contradictoirement

devant les juges du second degré. — (Liège, 31 mai 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 231.)

636. Au surplus, les actes de procédure antérieurs au jugement d'admission de la demande en divorce, ayant acquis force de chose jugée, ne peuvent être critiqués et annulés pour irrégularité devant aucune juridiction, et notamment en appel. — (Cass. 29 juin 1812, S. et P. chr.)

Telles sont les applications les plus fréquentes des deux principes que nous avons posés relativement à la différence entre la procédure d'appel et celle de première instances et au pouvoir du juge du second degré.

637. Il nous reste à énumérer à propos de l'appel quelques règles qui offriront, dans la pratique, un certain intérêt, savoir :

L'époux défendeur qui, après l'admission de la demande en divorce, a plaidé au fonds, mais en protestant, et avec certaines réserves, est recevable à interjeter appel du jugement qui l'a prononcée, même après le jugement du fond, pourvu qu'il soit encore dans le délai. — (Riom, 18 niv. an XII, S. et P. chr.)

638. Le mari défendeur en divorce n'est pas recevable sur l'appel à se plaindre de ce que sa femme aurait sans autorisation quitté son domicile, si cette autorisation avait fait l'objet d'une ordonnance postérieure. — (Riom. 18 niv. an XII, S. et P. chr.)

639. La femme défenderesse à la demande en divorce pour cause d'adultère ne peut se faire un moyen d'appel contre le jugement qui la condamne de ce qu'il ne lui a pas été fait défense de se marier avec son complice. — (Bruxelles, 12 frim. an XIV, S. et P. chr.)

640. Les juges d'appel saisis d'une demande en divorce

peuvent faire procéder par devant eux à de nouvelles enquêtes. — (Cass., 26 mai 1807, S. et P. chr.)

Et dans le cas où cette demande ne se trouvait pas suffisamment établie, l'époux qui l'a formée peut la convertir en une demande en séparation de corps. — (Paris, 13 août 1814, S. et P. chr.)

641. En cas d'appel du jugement d'admission et du jugement définitif, les juges ne sont pas obligés, à peine de nullité, de statuer sans délais ni remise sur l'appel du jugement définitif, immédiatement après avoir fait droit sur celui du jugement d'admission; ils doivent seulement instruire sur cet appel et le juger comme affaire urgente. — (Cass. 10 mai, 1809, S. et P. chr.)

Ils peuvent, en rejetant comme tardive une requête immédiate signifiée dans le cours de l'instance et contenant une nouvelle articulation de faits, réserver à l'époux demandeur la faculté de se désister de la procédure commencée pour en commencer une autre plus régulière.

642. Nous avons dit (*suprà*, n. 229) que le ministère des avoués était nécessaire pendant toute la procédure, même au moment de l'introduction de l'instance ; mais notre opinion est contestée. Une doctrine enseigne, au contraire (*V.* Villequet, p. 145), qu'au moins aux débuts de l'action, les parties doivent agir seules. M. Villequet base son opinion sur des considérations tirées du caractère spécial de la procédure en divorce. Nous avons examiné et réfuté ces arguments aux numéros 229 et suivants de ce traité. —Nous voulons seulement indiquer ici que si, à la rigueur, on a pu contester la nécessité de l'avoué dans la plupart des actes de la procédure devant le premier degré de juridiction, si, par une fausse interprétation de la loi, on a cru, en excluant l'avoué, ajouter au secret de la procédure et au caractère privé des débats de première instance, il est impossible de nier qu'en appel le ministère de l'avoué est absolument indispensable, obligatoire même, puisque le

caractère de la procédure d'appel est celui d'une affaire sommaire commune.

2° Délais d'appel.

643. Quant au délai dans lequel l'appel doit être interjeté, il est fixé par l'article 263:

L'ancien texte de cet article portait :

ART. 263. — « L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les *trois mois* à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut. Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre un jugement en dernier ressort sera ainsi de *trois mois* à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif. »

Ce texte a été modifié par le Sénat dans les termes suivants :

ART. 263. — « L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les *deux mois* à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut. Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre un jugement en dernier ressort sera ainsi de *deux mois* à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif. »

La modification apportée par le Sénat à l'ancien texte consiste donc tout simplement dans la réduction de trois à deux mois des délais d'appel. Le Sénat a voulu mettre ainsi la procédure du divorce en harmonie avec les principes généraux de la procédure civile ; la Chambre a accepté cette modification qui, d'ailleurs, n'est nullement contraire à l'esprit du législateur de 1803, car au moment où le délai d'appel de trois mois fut inscrit dans le Code civil, on ignorait encore quel serait le délai d'appel dans les règles générales du Code de procédure dont la préparation n'était que commencée. On peut même induire de l'intention évidente que les auteurs du Code civil ont montré dans la rédaction de l'ancien article 263 de se rapprocher du droit commun cette conséquence que, dans

leur pensée, le délai d'appel serait de trois mois dans les matières ordinaires.

644. Quoi qu'il en soit, le délai d'appel, pour les jugements de divorce, est aujourd'hui fixé à deux mois, ainsi que le délai pour se pourvoir en cassation.

645. Pour être recevable, l'appel doit être interjeté dans ce délai. Il n'y a aucune différence à établir entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut. La règle, fixée à cet égard par l'article 443 du Code de procédure civile, n'est pas applicable à ce cas.

L'appel doit être naturellement signifié dans les délais par l'appelant à l'intimé.

Les règles qui régissent cette signification sont celles du droit commun.

646. Toutefois, la question s'est posée de savoir si la nullité de la signification du jugement, prononçant le divorce à son profit, pouvait être invoquée par l'intimé, à raison de l'omission dans cet acte du domicile légal de l'appelant.

Remarquons que cette mention du domicile légal a beaucoup moins d'importance ici que dans les affaires ordinaires. Il s'agit, en effet, de deux époux qui connaissent parfaitement, sans qu'il soit besoin de le mentionner dans aucun acte de procédure, soit leur domicile, soit leur résidence respective. Aussi, est-ce avec raison, suivant nous, qu'on a décidé qu'une femme n'est pas fondée à invoquer, en matière de divorce, la nullité de la signification de l'appel du jugement prononçant le divorce à son profit, parce qu'on aurait omis, dans cet acte, de mentionner le domicile légal de son mari. Il en est spécialement ainsi lorsque ce domicile, qui est celui des deux époux, mais dans lequel aucun d'eux ne réside plus, est parfaitement connu de la femme et a été désigné dans les actes de la procédure antérieure, notamment dans l'ex-

ploit par lequel elle a fait antérieurement signifier à son mari un jugement par défaut. — (Liège, 8 août 1870. *Pasicrisie belge*, 71. 2. 157.)

647. Les juges d'appel apprécient souverainement les causes sur lesquelles se fonde une demande en divorce; leur appréciation à cet égard échappe à la censure de la Cour suprême. — (Cass., 12 févr. 1806, S. et P. chr.)

Ainsi ne donne pas ouverture à cassation l'arrêt qui, statuant sur une demande en divorce fondée sur des faits pouvant constituer la preuve d'un adultère, et présentés subsidiairement comme de nature à faire admettre la demande pour causes d'injures graves, ne statue point sur la question d'adultère et accorde le divorce seulement pour injures graves; l'appréciation et la constatation de la gravité des faits allégués, ainsi que de leur nature, appartient, en effet, au juge du fond. C'est à lui seul d'apprécier le résultat des preuves que lui ont fournies les documents de la cause et les témoignages reçus dans les enquêtes; et en décidant que les faits, tels qu'ils résultent des débats et des circonstances de la cause, n'ont que le caractère d'injures, mais qu'ils suffisent néanmoins pour faire admettre le divorce, la Cour d'appel ne fait qu'user de son pouvoir souverain.—(Cass. belge, 25 juill. 1867, *Pasicrisie belge*, 68. 1. 101. — V. *suprà*, n. 499.)

648. Nous avons déjà examiné (*suprà*, n. 390) la question de savoir si une renonciation à une action en divorce créait une fin de non-recevoir contre cette action. Nous avons également étudié cette autre question de savoir si on pouvait valablement acquiescer au jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce (*suprà*, n. 331). — Il est donc inutile de revenir sur ces questions que nous avons résolues, d'ailleurs, affirmativement; mais une autre difficulté du même genre s'élève ici, et nous semble devoir être tranchée d'après les mêmes principes. Il s'agit de savoir si l'on peut valablement se dé-

sister d'un appel sur un jugement admettant ou repoussant au fond le divorce.

Dans la seconde alternative, aucun doute ne peut s'élever; la renonciation à l'action, à quelque moment qu'elle se produise, peut toujours être considérée comme une reconciliation. — (V. *suprà*, n. 329.)

Mais l'époux contre lequel le divorce aura été admis par le tribunal pourra-t-il se désister de l'appel qu'il a formé? Les principes sont-ils les mêmes qu'en matière de séparation de corps? Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation décide que le désistement est valable. —(Cass., 11 mai 1853, D. P. 53. 1. 158). —M. Demolombe (t. 4, n. 488, et *Rép.*, v° *Acquiescement*, n. 189) pense que l'acquiescement n'est point possible ici. Voici comment raisonne cet auteur : le désistement est une transaction, le divorce est une loi d'ordre public; or, sur l'application d'une loi d'ordre public, aucune transaction n'est possible.

649. Malgré ce syllogisme, nous croyons avec M. Laurent (*Principes de droit civil*, t. 3, n. 248) qu'on peut toujours se désister de l'appel interjeté d'un jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce, et voici pourquoi : le défendeur peut toujours acquiescer tacitement; il lui suffira pour cela de ne pas interjeter appel du jugement qui le condamne. Donc, comme le dit fort bien l'auteur précité, si l'acquiescement tacite est valable, pourquoi l'acquiescement exprès serait-il nul? Pourquoi le défendeur ne pourrait-il se désister d'un appel qu'il aurait pu ne pas former? C'est en vain qu'on allèguerait ici une collusion prouvant un divorce par consentement mutuel; il n'y a pas de consentement mutuel, puisqu'il y a un jugement prononçant le divorce.

C'est en ce sens qu'il a été jugé que le mari qui a approuvé la régularité du divorce prononcé contre lui dans des actes publics, et a reconnu à sa femme la qualité de femme divorcée, n'est plus recevable à attaquer le divorce. —(Cass., 23 pluv. an XIII, S. et P. chr.)

3° Pourvoi en cassation.

650. L'article 263, qui fixe le délai d'appel à deux mois, fixe au même terme celui du pourvoi en cassation. C'est la première fois qu'il est question dans les dispositions du Code civil relatives à la procédure en divorce du pourvoi en cassation. A s'en tenir au texte de l'article 263, conçu en termes très généraux, les règles auxquelles devrait être soumis le pourvoi en cassation, en matière de divorce, seraient les mêmes qu'en matière ordinaire, sauf pour le caractère suspensif du pourvoi.

En ce qui concerne l'effet suspensif du pourvoi, si on s'en rapporte aux termes généraux de l'article 263, on pourra peut-être en conclure qu'en matière de divorce, cet effet suspensif se produit chaque fois que le jugement frappé d'un pourvoi est en dernier ressort, sans qu'il soit utile de faire une distinction entre les divers jugements rentrant dans cette dernière catégorie.

Nous pensons que telle n'a pas été l'intention du législateur.

651. Si, en effet, nous nous reportons aux travaux préparatoires du Code civil, nous constatons que lorsqu'elle fut soumise au Tribunat, la rédaction définitive du projet était muette sur les pourvois en cassation.

Mais la section de législation du Tribunat, ainsi qu'il est dit dans son rapport, « pour éviter à ce sujet une incertitude qui pourrait se former dans une matière sur laquelle *on sort en plusieurs points des règles ordinaires* », a dû rappeler ici la faculté qu'ont les parties de se pourvoir en cassation lorsqu'elles supposent qu'il y a eu dans les décisions antérieures une violation quelconque de la loi. La section de législation faisait remarquer, à cet égard, qu'il était utile de maintenir le pourvoi en cassation « contre les jugements rendus sur les demandes en divorce, comme sur les autres », et que s'en abstenir serait sans doute établir en cette matière « une faveur con-

traire à l'esprit du projet et aux principes ». C'est pourquoi l'article 35 du projet (et aujourd'hui notre article 262 du Code civil) devait contenir une disposition spéciale relative à l'effet suspensif du pourvoi en cassation, comme au délai de ce pourvoi.

652. Au surplus, le Tribunat déterminait très clairement les jugements auxquels devait être limité le pourvoi. C'étaient les seuls jugements définitifs, ceux sur la production desquels, dans les délais de la loi, l'officier de l'état civil devait prononcer le divorce. Voici comment s'exprime le Tribunat : « On a cru que le pourvoi devait être suspensif parce qu'il s'agit d'une chose irréparable par la nature ; il est plus convenable de suspendre, dans ce cas, la prononciation du divorce, dont les traces pourraient devenir des motifs de mécontentement et d'aigreur entre les époux. »

Il est évident que dans ce cas, si le pourvoi n'était pas suspensif, que l'officier de l'état civil pût prononcer le divorce à la suite duquel les époux contracteraient une nouvelle union, et que la Cour de cassation vint ensuite à casser l'arrêt définitif qui avait admis le divorce, les parties se trouveraient dans une situation de polygamie légale qui n'est pas admissible.

Donc, lorsqu'il s'agit du pourvoi formé sur la décision en dernier ressort prononçant le divorce, le pourvoi est suspensif, cela ne fait pas de doutes.

Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que les dispositions finales des articles 263, 264, 265 et 266 constituent un système complet concernant une seule catégorie de jugements. L'article 263 contient le principe de l'effet suspensif, et les textes suivants en contiennent les applications, c'est-à-dire énumèrent les diverses décisions auxquelles cet effet suspensif doit se rapporter.

653. Nous étudierons ces dispositions en détail dans les numéros suivants. La seule conséquence que nous voulions tirer pour le moment de l'ensemble qu'elles forment avec

l'article 263, c'est que, lorsque le recours en cassation se produit à la suite d'une décision purement incidente, il rentre dans le droit commun et n'a pas d'effet suspensif. — (Bruxelles, 29 déc. 1881, *Pasicrisie belge*, 82. 2. 90.)

654. C'est en vain qu'on nous objecterait le caractère spécial de la procédure en divorce, la sage lenteur dont elle est empreinte, les difficultés qu'on a semées dans la loi sur le chemin du demandeur et les délais imposés aux moments favorables à la réconciliation.

Nous répondrons d'abord que, ainsi que nous l'avons fait remarquer (*suprà*, n. 622 et suiv.), ce caractère ne s'applique absolument qu'à la procédure en première instance; ensuite, que l'effet suspensif du pourvoi ajouterait peu de chose aux chances d'arrangement.

En effet, lorsque le législateur a imposé des délais et édifié des obstacles au cours de la procédure en divorce, il est à remarquer que les époux n'en restent pas moins en rapport constant avec les juges du premier degré, et c'est surtout sur cette action continue des magistrats que les auteurs de la loi ont compté pour entraver la demande, pour favoriser un arrangement. C'est pour faciliter cette influence bienfaisante du juge que dans ces cas, très favorables d'ailleurs, le législateur par tous les moyens possibles, par la multiplication des épreuves, a ralenti la marche de la procédure. La loi ne cherche pas la réconciliation dans la lassitude qui résulte pour les parties d'une procédure longue et compliquée, mais dans l'action que les magistrats et les conseils des époux pourront, à la faveur de ces lenteurs et de ces complications, exercer sur l'esprit de ces derniers.

L'effet suspensif du pourvoi n'ajouterait rien à cette influence, surtout lorsqu'il ne se produit que sur des incidents de la procédure ou de l'instruction.

655. Ajoutons, enfin, que cette opinion est conforme au droit commun qui n'accorde aucun effet suspensif aux pourvois en cassation. Si l'article 263 établit, au contraire, en

principe, l'effet suspensif pour les pourvois qui peuvent se produire sur des jugements admettant le divorce, et sur les articles suivants qui forment avec ce texte un système de législation absolument spéciale, il ne faut les considérer que comme des dérogations qui doivent s'entendre *stricto sensu*. Aussi y aurait-il imprudence à étendre l'application de l'art. 263 à des décisions qui ne sont pas définitives. Aussi, est-ce avec raison, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que la Cour de Bruxelles a décidé que l'effet du pourvoi n'était pas suspensif pour les décisions incidentelles. — (Bruxelles, 29 déc. 1881 précité.)

656. On a objecté encore contre notre système que si le pourvoi n'est pas suspensif lorsqu'il s'agit de jugements ou arrêts statuant sur de simples incidents, il pourra arriver que le divorce fût admis dans l'intervalle du pourvoi à l'arrêt de la Cour suprême et que le motif qui l'aurait fait admettre fût précisément l'incident dont la Cour de cassation serait saisie. Dans ce cas, nous pourrions, d'après cette opinion, nous trouver dans le cas que nous avons déjà signalé *suprà* n. 652, à propos du pourvoi sur le jugement définitif de deux époux remariés après la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, et dont le divorce se serait trouvé depuis annulé par la Cour de cassation. Ici l'hypothèse ne serait plus identiquement la même; mais les résultats seraient aussi graves. La Cour de cassation ayant statué sur un incident et statuant sur l'arrêt de la Cour d'appel, il faudrait former un nouveau pourvoi contre l'arrêt définitif; il serait beaucoup plus logique et beaucoup plus simple, dit-on, d'admettre que le pourvoi en cassation est toujours suspensif. C'est en ce sens que s'est prononcé le tribunal de Bruxelles dans un jugement du 6 août 1881 — (*Pasicrisie belge*, 81. 3. 295.)

657. Nous avouons que ces considérations nous impressionnent peu et que nous préférons nous en tenir à l'opinion de la Cour de Bruxelles dans son arrêt précité du 29 décembre 1881, et cela par un motif très simple et

concluant suivant nous, bien qu'au premier abord il ne repose point sur un *système* : c'est que le jugement du tribunal de Bruxelles que nous venons de citer prévoit une hypothèse impossible, celle d'un incident ayant une influence aussi directe sur la prononciation du divorce. Et d'ailleurs, en supposant même que l'hypothèse que prévoit le tribunal de Bruxelles pût se rencontrer, ce qui ne s'est pas encore vu, il ne s'agirait pas, je crois, de discuter, pour effacer toute difficulté sur l'effet suspensif ou non du pourvoi en cassation ; ce serait l'article 262 et non l'article 263 qui serait discuté.

Il s'agirait simplement de savoir si l'article 262, lorsqu'il dit qu'en appel les causes de divorce seront jugées comme affaires urgentes, n'a point statué de *eo quod plerumque fit*, sans qu'on puisse lui attribuer un sens absolument restrictif.

Il est évident, en thèse générale, qu'après les longueurs sagement calculées devant la juridiction du premier degré, il est bon que l'affaire en finisse en appel. Le législateur l'a voulu ainsi par un motif très raisonnable que nous avons eu l'occasion d'énoncer déjà : c'est qu'il a pensé que si l'on devait chercher à éteindre les actions en divorce, c'était, plutôt que par la persuasion, par la lassitude des parties ; ce dernier moyen serait des plus mal trouvés. Mais il ne nous paraît pas moins évident que, lorsque les parties soulèvent des incidents de nature à retarder indéfiniment la solution d'un procès, il ne peut être question de leur lassitude ; il ne peut plus être question d'en finir au plus vite, et les juges d'appel pourront considérer alors les termes de l'article 262 comme d'une généralité suffisante pour subir les dérogations que la nature des choses peut lui inspirer.

Le législateur a voulu prolonger l'instruction en divorce même contre le gré des parties, jusqu'à l'appel. On conçoit que, ce moment venu, il ait renoncé à leur procurer des moyens d'arrangement ; les choses sont trop avancées : mais ce qu'on ne conçoit pas, c'est qu'il ait voulu, en revanche, terminer tout d'un coup la procédure, alors que

les parties ne veulent plus, et que les moyens dilatoires qu'elles présentent prouvent que, d'un côté au moins, il y a espoir de réconciliation.

4° Opposition.

658. Le Code civil repousse en matière de divorce la voie de l'opposition aux décisions rendues par défaut en première instance, et cela sans qu'il y ait à distinguer entre les jugements qui accueillent la demande, statuent sur la pertinence des faits et en admettent la preuve, et ceux qui statuent sur le fond.

Il faudrait, pour qu'une telle voie de recours soit admise dans la procédure en divorce, que le législateur l'ait expressément permise ; or, non seulement il n'en est fait mention dans aucun des textes qui concernent la procédure en divorce, mais encore elle est absolument incompatible avec l'esprit et le caractère de cette procédure spéciale.

Nous basons donc notre opinion, d'abord sur les textes, ensuite sur la nature toute particulière de l'action en divorce.

659. Si nous considérons les textes, que nous fournissent-ils à cet égard ? L'article 263 met sur la même ligne le jugement contradictoire et le jugement par défaut, ce qui implique qu'il ne prévoit même pas le cas d'opposition, puisqu'il ne fixe aucun délai spécial à cette hypothèse.

C'est seulement en procédure d'appel que, pour la première fois dans l'article 263, il est question du défaut; or, l'article 262 nous apprend, comme nous l'avons vu d'ailleurs, *suprà*, n. 620 et suiv., qu'en appel nous sommes dans une procédure commune ordinaire et non dans une procédure absolument exceptionnelle comme celle qui régit l'instruction du divorce en première instance.

Il est inutile de revenir ici, nous l'avons fait déjà bien des fois, sur les lenteurs sagement calculées de la procé-

dure particulière au divorce devant le premier degré de juridiction, situation essentiellement favorable au défendeur. Ce que nous voulons seulement faire, c'est opposer à cette procédure minutieuse, formant un système bien complet de législation, le caractère expéditif et sommaire de l'opposition tel qu'il résulte de la façon dont les auteurs du Code de procédure civile ont réglementé cette voie de recours.

660. Supposons que nous nous trouvions encore à l'époque de la procédure en première instance où, après avoir admis la demande et reconnu les faits pertinents, le tribunal ordonne l'enquête ; c'est l'article 249 qui parle : Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues. Ou trouvera-t-on dans une telle procédure la place d'une opposition ?

661. L'opinion que nous défendons est d'ailleurs la plus conforme à l'intention du législateur tel qu'il résulte des travaux préliminaires.

La procédure civile, à l'époque de la promulgation du divorce, était encore régie en France par l'ordonnance de 1667 qui, comme le divorce, n'admettait l'opposition qu'en appel.

Au mois de mars 1803, époque à laquelle fut rédigé le titre IV du Code civil, on ignorait encore sur quels points le Code de procédure innoverait sur l'ordonnance de 1667. On n'avait d'autre règle à suivre, quant aux grandes lignes de la procédure, que cette vieille ordonnance ; elle formait le droit commun ; les auteurs du Code civil ne pouvaient pas connaître d'autre Code de procédure civile.

Et lorsqu'on examine avec soin les discussions qui précédèrent à cette époque la rédaction du titre du di-

vorce, on constate qu'il n'y est nulle part question de déroger, au moins pour le cas particulier qui nous occupe, aux règles générales tracées par la fameuse ordonnance de 1667 qui n'admettait le divorce qu'en appel.

662. Si plus tard, quand fut promulgué le nouveau Code de procédure civile qui introduisait dans nos mœurs judiciaires l'importante innovation du recours par voie d'opposition aux décisions par défaut, même en première instance, le législateur avait voulu adapter ce nouveau système à la procédure en divorce déjà en vigueur, il eût purement et simplement inscrit au Code de procédure civile une disposition spéciale ayant pour objet de l'étendre au divorce. Est-ce un oubli ? Non. Du moins il serait difficile de le croire, car les auteurs du Code de procédure qui auraient pu ne pas s'inquiéter du divorce, dont l'instruction était suffisamment détaillée au Code civil, y ont au contraire pensé ; toutefois il y ont pensé non pour en modifier quelques-unes des dispositions, mais bien pour confirmer expressément le système du Code civil. L'article 881 du Code de procédure ne peut à à cet égard nous laisser aucun doute dans l'esprit. —(*V.* en ce sens, Aix, 7 mars 1809, S. et P. chr.)

5° Requête civile.

663. Aucune loi n'interdisant la requête civile en matière de divorce, cette voie de recours est admissible comme toute autre. — (Paris, 9 juill. 1814, S. et P. chr.)

664. En ce qui concerne l'application de l'article 263 à la séparation de corps, une doctrine bizarre a été admise par un arrêt de la Cour de Bordeaux. D'après cette décision, le pourvoi en cassation sur un jugement en séparation de corps n'est pas suspensif à cet égard, l'article 263 est inapplicable ; mais le même arrêt décide, ce qui nous paraît une contradiction, que l'article 263 s'applique

à la séparation de corps en ce qui concerne l'appel. — (Bordeaux, 17 mess. an XIII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 307.)

Au surplus, l'action en nullité du divorce ne peut être intentée pour cause d'irrégularité dans les actes et la procédure qui en ont précédé la prononciation, si ce divorce a été réellement exécuté soit par une séparation de fait, soit par la liquidation et le partage de la communauté. — (Paris, 25 vent. an XIII, S. et P. chr.)

§ VI. — Prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.

665. En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter dans le délai de deux mois devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce. — (Art. 264.)

Ces deux mois ne commenceront à courir, à l'égard des jugements de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel ; à l'égard des arrêts rendus par défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition, et à l'égard des jugements contradictoires en dernier ressort, qu'après l'expiration du délai du pourvoi en cassation. — (Art. 265.)

L'époux demandeur qui aura laissé passer le délai de deux mois ci-dessus déterminé, sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, sera déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle ; auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes. — (Art. 266.)

A propos de l'article 264, Treilhard s'exprimait ainsi : « Si dans le cours de l'instruction on n'a pu trop ralentir la marche de la procédure, lorsque toutes les

épreuves sont faites, les démonstrations acquises et le jugement prononcé, on ne saurait trop accélérer l'instance qui doit terminer pour toujours une affaire de cette nature. » — (Fenet, t. 9, 485.)

L'époux demandeur qui a obtenu le divorce doit à peine de déchéance exécuter le jugement dans le délai franc de deux mois ; nous venons de voir en quoi consiste cette exécution dans le texte de l'article 264, quant au point de départ du délai de deux mois, il se trouve précisé dans l'article 265. Remarquons seulement, en ce qui concerne le défendeur, que sa présence devant l'officier de l'état civil n'est pas nécessaire pour que le jugement soit exécuté ; l'article 264 dit en effet : « *l'autre partie dûment appelée,* » ce qui explique qu'il suffira que le défendeur ait été appelé.

Au surplus, la citation que nous avons extraite de l'exposé des motifs par Treilhard au Corps législatif justifie pleinement le délai qui déroge dans une certaine mesure au droit commun d'après lequel celui qui a gagné son procès est libre d'user de son droit quand il lui plait ou même de ne pas en user du tout.

Il est intéressant de se demander si, dans le cas où le demandeur négligerait de faire excuter par l'officier de l'état civil le jugement admettant le divorce, le défendeur pourrait lui-même demander la prononciation de la dissolution du mariage.

Nous ne le pensons pas.

666. Le jugement qui donne gain de cause au demandeur crée un droit, mais ne lui impose pas un devoir. Ce droit, c'est celui de sévir ou de pardonner ; tant qu'il n'a pas sévi, le demandeur conserve le pouvoir de faire grâce, la faculté de se réconcilier, et ce dernier droit deviendrait absolument illusoire si le défendeur pouvait de lui-même faire prononcer le divorce admis par la justice.

Le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut être invoqué par le défendeur qui a perdu son procès : la logique s'y oppose ; alors même que la prononciation du divorce

ne serait considérée que comme une simple formalité, un seul a le droit de remplir cette formalité là, c'est le demandeur. On est toujours libre de ne pas faire exécuter le jugement qui vous donne gain de cause, et qu'il s'agisse d'une action en divorce ou de toute autre action en justice, il n'y a aucun motif de créer en matière de divorce une exception qui n'est pas dans la loi. D'un autre côté, il est impossible de considérer la prononciation du divorce comme une simple formalité ; on conçoit que la loi n'ait pas soumis à l'officier de l'état civil l'appréciation délicate des causes de dissolution du mariage; de pareilles choses ne pouvaient être que du ressort du pouvoir judiciaire, mais l'action de ce dernier n'est ici qu'un accessoire de procédure formaliste. Rien n'est fait tant que l'officier de l'état civil n'a pas prononcé la dissolution du mariage. C'est après tout un acte de l'état civil qu'accomplit le maire ou l'adjoint lorsqu'ils prononcent un divorce, absolument comme lorsqu'ils unissent les époux. Ces deux actes contraires sont d'une nature identique, et ni l'un ni l'autre ne peuvent être considérés comme de simples formalités.

667. D'ailleurs, comme nous venons de le voir, en fixant un délai au demandeur pour faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, le législateur a déjà partiellement dérogé aux règles générales de la procédure qui laissent celui qui a gagné son procès absolument libre de faire ou non exécuter le jugement. Ce serait étendre d'une manière étrange une disposition exceptionnelle et méconnaitre tous les principes reçus, quant à l'interprétation des textes, que de donner au défendeur qui a perdu son procès le droit de faire prononcer le divorce.

668. Au surplus, les articles 263, 264, 265 et 266 du Code civil placent sur la même ligne les jugements contradictoires et les jugements par défaut. Ils doivent les uns et les autres, à peine de déchéance, être exécutés dans les deux mois à partir du jour où ils sont devenus inattaquables. — (Liège 10 juin 1840, *Pasicrisie belge*, 40. 155. —

L'article 150 du Code de procédure civile n'est donc pas applicable à ce cas.

La péremption pour inexécution dans les six mois, prononcée par cet article à l'égard des jugements par défaut rendus contre partie, n'est donc pas applicable aux jugements par défaut qui autorisent le divorce. — (Cass. belge, 29 févr. 1840, *Pasicrisie belge*, 40. 307, cassant un arrêt de la Cour de Bruxelles du 10 juill. 1839, *Pasicrisie belge*, 39. 134.)

669. Il est bien entendu, au surplus, que pour que la péremption spéciale résultant de l'article 264 de Code civil soit applicable, il faut qu'on puisse induire de la part du demandeur un oubli volontaire, un pardon, s'il a prouvé par des agissements certains que son intention n'était pas de laisser courir contre lui le délai de l'article 264; il va sans dire que ce délai ne peut être invoqué. Aussi est-ce avec raison que la Cour de Bruxelles a décidé qu'il résulte de la combinaison des articles 264 et 266 du Code civil que la déchéance du bénéfice du jugement qui autorise le divorcé n'est comminée contre l'époux demandeur qui a laissé passer le délai de deux mois que pour autant qu'il y ait eu inaction complète de sa part, et nullement au cas où il aurait, pendant ce délai, appelé l'autre époux devant l'officier de l'état civil avant qu'il puisse procéder à l'exécution d'un jugement prononçant le divorce. — (Bruxelles, 17 nov. 1847, *Belgique judiciaire*, 47. 1631, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 185.)

670. Mais quel sera l'officier de l'état civil compétent pour prononcer le divorce? Sera-ce celui du mari ou celui du demandeur sans distinction, quand même la femme serait demanderesse et aurait obtenu le divorce?

Nous pensons que la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil n'étant en réalité que l'exécution du jugement qui a admis la dissolution du mariage, les règles de compétence, quant à l'officier de l'état civil, seront nécessairement les mêmes que s'il s'agissait de savoir

quel est le juge compétent pour connaître une action en divorce. — (V. *suprà*, n. 220 et suiv.)

671. Si l'on suit ce principe, il en résulte nécessairement que l'officier de l'état civil du domicile du mari est seul compétent pour exécuter le jugement ou l'arrêt définitif, puisque l'instance ne peut être introduite que devant le tribunal du domicile du mari.

C'est d'après cette opinion, qui nous paraît absolument conforme aux règles générales de la procédure, qu'il a été jugé que lorsque le divorce a été admis par jugement passé en force de chose jugée, l'officier de l'état civil compétent, aux termes de l'article 264, pour prononcer le divorce, est celui du mari. — (Trib. Bruxelles, 9 mai 1863, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 63-64. 475.)

672. Il n'y a qu'un cas, suivant nous, où cette compétence serait, par la nature des choses, déplacée, ce serait celui où le mari n'aurait pas de domicile connu ; ce cas n'est pas seulement hypothétique, il s'est rencontré.

C'est ainsi qu'il a été décidé avec raison, sans qu'on puisse considérer cet arrêt comme contraire au jugement précité, que le jugement passé en force de chose jugée qui, sur la demande de la femme, admet le divorce et commet, pour le prononcer, l'officier de l'état civil du lieu du domicile de la demanderesse, parce que le mari est sans domicile connu, est obligatoire pour cet officier de l'état civil, quoiqu'il n'y ait pas été partie. — (Bruxelles, 28 déc. 1874, *Pasicrisie belge*, 75. 2. 177, *Belgique judiciaire*, 75. 153.)

673. En tous cas, il ne peut être ordonné en référé à un officier de l'état civil de procéder à la prononciation d'un divorce, lorsqu'il subsiste des doutes sérieux sur la compétence de l'officier qui a été requis de le prononcer et qui se déclare incompétent, et si le jugement admettant le divorce se borne d'ailleurs à déclarer qu'il sera pro-

noncé par l'officier de l'état civil compétent. — (Bruxelles, 3 oct. 1879, *Pasicrisie belge*, 79. 2. 347.)

674. Nous ne nous sommes pas encore préoccupé de la forme dans laquelle l'époux défendeur devra être appelé devant l'officier de l'état civil pour entendre prononcer le divorce.

L'article 264 ne prescrit pas la forme en laquelle l'époux contre lequel le divorce a été prononcé doit être appelé devant l'officier de l'état civil. Il appartient dès lors aux tribunaux de décider, suivant les circonstances, si cet appel a eu lieu. — (Trib. Bruxelles, 2 févr. 1856, *Belgique judiciaire*, 56. 618.)

Ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est la question de savoir dans quelle forme l'officier de l'état civil prononcera le divorce. La loi est muette à cet égard. D'après, M. Laurent (t. 3, n. 251), ces formes résultent de la nature même des choses; au jour fixé par la citation qui doit être faite à l'époux défendeur, le demandeur se présente devant l'officier de l'état civil, lui remet le jugement autorisant le divorce en y joignant copie de l'exploit de signification qui en a été fait ainsi que de l'assignation donnée à l'époux défendeur; il doit aussi, dans les formes prescrites par l'article 548 du Code de procédure, présenter un certificat de son avoué contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée et l'attestation du greffier, en constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel. En ce qui concerne cette dernière condition, il est entendu, d'après ce que nous avons dit *suprà*, n. 658 et suiv. qu'il ne peut être question que d'une opposition survenue précisément sur un arrêt par défaut en procédure d'appel.

Sur le vu de ces pièces, l'officier de l'état civil, qui lors du mariage prononce la formule : « *Au nom de la loi, vous êtes unis,* » prononcera la formule inverse : « *Au nom de la loi, votre mariage est dissous.* » Acte sera dressé de cette déclaration, cet écrit constituera un acte de l'état-civil et devra en conséquence être reçu dans les formes ordinaires.

— (Toullier, édition Duvergier, t. 2, p. 35, n. 701 ; Laurent, t. 3, n. 251.)

675. Lorsque l'époux vient à décéder avant l'expiration du délai imposé pour la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, il meurt marié ; le défendeur n'est pas déchu, dans ce cas, des avantages matrimoniaux.

676. Le juge référé peut mettre les dépens à la charge de la femme qui, sur le refus de l'officier de l'état civil de prononcer le divorce, a poursuivi contre ce fonctionnaire l'exécution du jugement qui l'avait commis.

Mais, s'il appelle sans fondement de cette ordonnance de referé, cet officier de l'état civil doit être condamné aux dépens de son appel. — (Bruxelles, 28 déc. 1874, *Belgique judiciaire*, 75. 153, *Pasicrisie belge*, 75. 177.)

677. D'ailleurs, il est loisible au juge de compenser les dépens d'un jugement qui prononce sur la mainlevée de l'opposition formée à l'exécution d'un jugement prononçant le divorce. — (Bruxelles, 17 nov. 1847, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 185, *Belgique judiciaire*, 47. 1631.)

678. Si l'un des époux est commerçant, ou si l'un d'eux l'est, la prononciation du divorce donne lieu à certaines formalités spéciales, elle doit être rendue publique dans les formes organisées par les articles 872 du Code de procédure et 66 du Code de commerce.

§ VII. — Demande reconventionnelle.

679. Nous avons déjà examiné, à propos de la question de savoir si la demande reconventionnelle était soumise au préliminaire de conciliation, le caractère et la nature de cette demande (V. *suprà*, n. 258 et suiv. et les nombreux arrêts cités à ces numéros), et nous avons résolu

la question en ce sens que, si la demande reconventionnelle en matière de séparation de corps peut, à la rigueur, être considérée comme une défense à l'action principale et être intentée par simple acte au cours de la procédure, il n'en est certainement pas de même quant, au lieu d'une séparation de corps, il s'agit d'un divorce. Ici, la demande reconventionnelle doit être regardée comme étant elle-même une demande principale. Ainsi, en matière de divorce, l'époux défendeur ne peut, par simples conclusions, se porter incidemment demandeur. — (Trib. Charleroi, 29 mars 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 142; 5 avr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 146.)

Ce point, qui nous est acquis, nous servira à résoudre d'autres difficultés.

680. De ce que la demande reconventionnelle est une demande principale, il résulte d'abord qu'elle peut être intentée pour toutes les causes de divorce admises par le Code civil; nous n'avons donc, à cet égard, qu'à renvoyer à ce que nous avons dit *suprà*, n. 9 et suivant, sur les causes du divorce.

681. Mais à quelle époque doivent remonter les faits sur lesquels sera basée la demande reconventionnelle? Doivent-ils être postérieurs ou antérieurs à l'action principale, ou du moins à l'introduction de l'instance?

Cette question aurait un intérêt si les faits sur lesquels une demande en divorce peut être formée dépendaient en quoi que ce soit de la volonté du demandeur; on pourrait alors invoquer contre la demande reconventionnelle postérieure à l'introduction de l'instance le reproche de n'être intentée que pour les besoins de la défense. Il n'en est rien, car si on reconnaît à cette demande elle-même le caractère de demande principale, c'est précisément parce que les causes en lesquelles elle repose sont absolument étrangères à la volonté de celui qui l'intente.

Ainsi donc, la demande reconventionnelle pourra être intentée sur des faits même postérieurs à l'introduction

de l'instance en divorce; cette solution ne nous parait pas pouvoir être contestée.

682. Mais il est intéressant de se demander à quelle époque peut être formée une demande reconventionnelle.

La loi est muette à cet égard. Il est donc incontestable en principe que la demande reconventionnelle peut être intentée en tout état de cause tant qu'elle est en première instance. C'est aussi l'opinion de M. Laurent (t. 8, n. 292), qui critique à ce propos et avec raison, suivant nous, un arrêt de la Cour de Cologne d'après lequel une pareille demande ne serait plus recevable si elle était formée postérieurement au jugement qui admet la demande en divorce. — (Cologne, 30 mai 1833, *Belgique judiciaire*, 33. 1379.)

Mais la demande reconventionnelle peut-elle être formée en appel?

Ici encore la solution de la question dépend du caractère de la demande reconventionnelle en matière de divorce.

683. S'il s'agit d'une demande principale, elle ne peut pas être intentée en appel; il faut qu'une action nouvelle, surtout dans la matière qui nous occupe, parcourt tous les degrés de juridiction. Si, au contraire, il s'agit d'une simple défense à l'action principale, alors rien de plus simple, des conclusions suffiront.

684. La disposition de l'article 464 du Code de procédure qui interdit de former en cause d'appel aucune nouvelle demande a pour but de soumettre toutes les demandes à un double degré de juridiction; mais ce principe, si important qu'il soit, doit fléchir devant l'intérêt supérieur de la libre défense des parties. Aussi l'art. 464 lui-même fait exception à la règle pour le cas où la demande nouvelle n'est qu'une défense à l'action principale. — Mais cette exception étant favorable au défendeur, on doit, d'après les

principes généraux de la procédure, lui donner la plus large extension. Il n'est pas nécessaire, pour qu'elle reçoive son application, que la demande nouvelle ait directement pour but et pour résultat de faire tomber en tout ou partie l'action principale; il suffit qu'elle en puisse modifier les conséquences, en diminuer les effets ou en atténuer la portée. Or, une séparation de corps produit au préjudice de celui qui les encourt diverses conséquences, constitue contre lui des condamnations morales d'une gravité qu'il est impossible de méconnaître, en mettant à sa charge sinon tous les torts, au moins ceux qui sont les plus importants, et par suite, vis-à-vis de la famille et des tiers, la responsabilité de toutes les conséquences qui peuvent résulter de la cessation de la vie commune. Cette condamnation autorise les juges à restreindre les droits du défendeur en ce qui touche la garde et la surveillance des enfants issus du mariage, et entraîne de plein droit la révocation des avantages consentis en sa faveur par le conjoint dans le contrat de mariage.

685. La situation n'est plus la même, quand la demande en séparation de corps est reconventionnelle; ainsi, quand même cette demande reconventionnelle serait accueillie, la responsabilité morale se trouve partagée entre les deux conjoints. Et cette situation doit nécessairement influer sur la décision à intervenir en ce qui concerne la garde et la surveillance des enfants issus du mariage, l'égalité entre les deux époux se trouve ainsi rétablie, la révocation des avantages matrimoniaux est ordonnée au profit de l'un et l'autre; d'où il résulte manifestement que la demande reconventionelle en séparation de corps doit réagir sur les conséquences de l'action principale, en atténuer les effets, et par suite être considérée en général comme une défense à cette action. D'ailleurs, en décidant ainsi, les tribunaux éviteront aux époux un nouveau procès et des débats pénibles qu'en cette matière il faut écarter autant que possible.

686. Au surplus, la demande reconventionelle, comme la demande principale, n'a qu'un objet, la cessation de la vie commune et, dans ce but, l'appréciation des torts réciproques des époux ; ces deux demandes sont pour ainsi dire indivisibles et doivent être soumises à la même juridiction. On ne saurait donc élever une fin de non-recevoir contre la demande reconventionnelle en séparation de corps de ce qu'elle aurait été intentée pour la première fois en Cour d'appel. — (*V.* à cet égard, Toulouse, 7 déc. 1882, S. 83. 2. 15.)

687. La demande reconventionnelle en séparation de corps intentée par l'époux défendeur à une demande principale de même nature peut donc être formée pour la première fois en Cour d'appel : ce n'est pas là une demande nouvelle, mais une défense à l'action principale. — (Liège, 5 août 1858, *Belgique judiciaire*, 58. 1474, *Pasicrisie belge*, 59. 2. 175. — Angers, 27 avr. 1880, S. 80. 2. 132, P. 80. 551. —Toulouse, 7 déc. 1882, S. 83. 2. 15.) — *V.* au surplus, sur cette question, les commentaires très détaillés qui se trouvent dans le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, sur l'art. 307, n. 70 ; et en ce qui concerne plus spécialement le préliminaire de conciliation, V. *suprà*, et le *Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, art. 307, n. 54.)

688. Mais du moment qu'il est admis qu'en matière de divorce, contrairement à ce qui se passe généralement en cas de séparation de corps, la demande reconventionelle doit être regardée comme demande principale, ce serait violer toutes les règles de la procédure spéciale du divorce et méconnaître l'intention manifeste du législateur que de permettre au défendeur d'interjeter en appel une demande qui n'aurait pas passé par toutes les phases sagement calculées de la procédure de première instance.

689. Nous avons déjà eu l'occasion de dire (n. 620 et suiv.)

que l'action en divorce n'était régie d'une façon toute spéciale que devant les juges du premier degré, et qu'en appel elle rentrait dans les formes du droit commun ; il serait vraiment trop facile d'éluder les difficultés que le législateur a élevées à dessein devant les premiers pas de l'action si la demande reconventionnelle pouvait être intentée en appel. Aussi la jurisprudence belge ne nous laisse aucun doute à ce sujet. — (Liège, 4 déc. 1867, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 38. *Belgique judiciaire*, 68. 300.)

690. Il peut se présenter un cas où la demande reconventionnelle pourrait être intentée en tout état de cause, même en appel : c'est si elle n'était pas d'une nature absolument identique à celle de l'action principale, et que les règles qui régissent la première soient d'une sévérité moindre que celles qui régissent la seconde. Dans ce cas, en effet, on ne peut pas dire que le défendeur devenu reconventionnellement demandeur prive le nouveau demandeur, en intentant son action à n'importe quel moment, des moyens de défense que la procédure lui aurait donnés, si elle avait été suivie par lui *ab initio*.

Ainsi, cela pourrait se présenter si, dans le cas d'une demande principale en divorce, le défendeur répondait par une demande en séparation de corps.

691. Nous ne proposons toutefois cette solution qu'avec une extrême réserve.

En tous cas, pour qu'il y ait lieu à jonction, lorsque deux causes entre les mêmes parties sont pendantes devant le même tribunal, il faut qu'il y ait entre ces deux causes une connexité telle, que le jugement de l'une puisse influer sur la décision de l'autre.

Spécialement, lorsque la partie contre laquelle une action en divorce est dirigée intente elle-même, par voie séparée, une action en séparation de corps , il n'y a pas lieu à jonction. — (Trib. Termonde, 27 juin 1862, *Belgique*

judiciaire, 62. 1016. — Trib. Courtrai, *Pasicrisie belge*, 83. 351.)

692. Si la demande reconventionnelle en divorce est principale, on doit encore tirer de ce principe une autre conséquence : c'est qu'elle est absolument indépendante de l'autre demande, que son sort n'y est aucunement lié, et que, par conséquent, le rejet de la première demande ne saurait empêcher la seconde de suivre son cours comme action principale. Cela paraît logique; cependant le contraire a été jugé par un tribunal de Belgique. Afin de ne priver nos lecteurs d'aucun document de jurisprudence, nous citons ce jugement, qui décide que lorsque la demande en divorce n'est pas fondée, la demande reconventionnelle de divorce formée par l'autre époux ne peut être accueillie. — (Trib. Huy, 5 juill. 1866, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 73-74. 66.)

§ VIII. — Mesures provisoires.

1° Caractères généraux des mesures provisoires.

693. Le mariage subsiste en principe avec toutes ses conséquences tant que le divorce n'est pas prononcé; mais on conçoit néanmoins qu'en fait, une fois l'action intentée, les conditions du mariage se trouvent profondément modifiées; il existe une situation transitoire grave à tous les points de vue et dont le législateur devait se préoccuper. Les mesures prises pour parer aux inconvénients qui peuvent naître d'une demande en divorce font l'objet d'une section particulière dans le titre du Code civil que nous étudions. — (Bruxelles, 11 nov. 1846, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 319, *Belgique judiciaire*, 47. 479.)

694. Quelles que soient ces mesures, il est à remarquer.

en premier lieu, qu'elles ne portent aucune atteinte à la puissance maritale (Cass., 11 juill. 1809, S. et P. chr.) ... ni à la puissance paternelle (Bruxelles, 2 pluv. an XII, S. et P. chr.)... ni même aux conventions matrimoniales; elles en modifient seulement les applications.

Par exemple, en ce qui concerne ces dernières, le mari reste maître absolu de la communauté, nous le verrons bientôt en étudiant l'article 271 ; il peut continuer à administrer les biens qui la composent, il peut même, comme par le passé, les aliéner. L'administration des biens personnels de la femme ne lui est enlevée que s'il s'est rendu indigne de la conserver (Gand, 6 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 236, *Belgique judiciaire*, 73. 281) ... et si la femme se prétend lésée dans ses droits par des faits abusifs de cette administration, c'est à elle quincombe la charge de prouver cet abus. Il est vrai que ce même article 271 donne à la femme une action en nullité contre les actes du mari qui auraient ce caractère ; mais il faut remarquer que cette action en nullité n'est pas particulière à la femme qui, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, plaide en divorce contre son mari. Non. Cette action rentre dans la catégorie des sanctions que la loi réserve à tout créancier contre l'administration de son débiteur. Cette sanction est contenue dans un texte de principe beaucoup plus général et beaucoup plus étendu que ceux qui régissent les conséquences de l'action en divorce ou l'administration du mari dans la communauté. C'est l'article 1167, et ici on peut ne considérer l'article 271 que comme une application de l'article 1167. Nous y reviendrons. — (Trib. Bruxelles, 27 nov. 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 329.)

695 Il est plus intéressant de se demander, quant à présent, quelle est l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisoires.

Les articles 267 et 268 du Code civil donnent au tribunal seul le droit de fixer le domicile provisoire de la femme et de statuer sur la garde des enfants. D'un autre côté,

l'article 278 du Code de procédure donne ce même droit au président statuant comme juge conciliateur en ce qui concerne le domicile provisoire. Ces textes paraissent inconciliables.

Le président du tribunal ne peut, en principe, lorsqu'il s'agit d'une séparation de corps, en même temps qu'il statue sur le domicile provisoire de la femme, prononcer sur la garde provisoire des enfants : ce droit n'appartient qu'au tribunal. — (Dijon, 28 déc. 1859, S. 60. 2. 270, P. 61. 598. — Grenoble, 2 mai 1864, S. 64. 2. 296, P. 64. 1045, D. P. 65. 2. 145. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 452 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 198, § 494 ; Laurent, t. 3, n. 254. — *V.* aussi, Le Senne, n. 258 et 259. — *Contrà*, de Belleyme, *Ordonn. sur requêtes et sur référés*, t. 1, p. 326.)

La jurisprudence admet toutefois avec raison que le président peut le faire en cas d'urgence. — (Cass. 15 juill. 1879, S. 80. 1. 97, P. 80. 225. — Dijon, 28 déc. 1859, S. 60. 2. 270, P. 61. 598. — Caen, 1er juill. 1867, D. P. 67. 5. 390. — Orléans, 1er mai 1869, S. 70. 2. 13, P. 70. 98. — Aix, 13 mai 1873, S. 73. 2. 18. P. 73. 95. — Grenoble, 2 mai 1864, S. 64. 2. 296, P. 64. 1045, D. P. 65. 2. 145. — *Sic*, Demolombe, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 267, n. 14 et suiv.)

Mais cette jurisprudence décide également et avec raison que si ce pouvoir de statuer sur les mesures provisoires, qui appartient en principe au tribunal (excepté pour le domicile provisoire au cas de séparation de corps), peut être exercé, quand il y a urgence, par le président, c'est seulement au moyen d'une ordonnance spéciale qu'il rend comme juge des référés.

696. Ainsi, lorsque le président, dans une demande en séparation de corps, a autorisé la femme à former sa demande, il peut statuer immédiatement sur la garde des enfants, si la femme a bien assigné le mari tant afin d'être autorisée à poursuivre sa séparation de corps que de faire statuer pour cause d'urgence sur la garde des enfants. —

Cass. 15 juill. 1879, S. 80. 1. 97, et la note de M. Labbé, P. 80. 225.)

Mais la question mérite une étude toute spéciale.

697. Remarquons d'abord que la difficulté se présentera en matière de divorce ; l'article 278 du Code de procédure est plus spécial à la séparation de corps, et les articles 267 et 268 rentrent dans les règles de procédure tout à fait exceptionnelles qui concernent le divorce. La difficulté en matière de séparation de corps naît de ce que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent généralement que les articles 267 et 268 sont applicables à cette institution.

On admet un moyen terme dans cette hypothèse. Le président a le droit d'indiquer à la femme la maison où elle devra provisoirement se retirer, en vertu de l'article 878 du Code de procédure ; mais cet article envisage uniquement le cas où la tentative de conciliation vient d'échouer et où l'instance en séparation n'est pas encore portée devant le tribunal. Aussitôt que le tribunal est saisi par l'ordonnance du président, si ce dernier n'a pas statué sur le domicile provisoire de la femme, c'est au tribunal seul qu'il appartient d'y pourvoir, en vertu de l'article 268 du Code civil.

698. Cette doctrine n'est point conforme au principe que nous avons exposé précédemment et qui doit dominer toute la procédure en divorce ou en séparation de corps, à savoir que, lorsqu'il y a réconciliation devant le président, l'instance est réputée ne pas avoir été introduite, et que si, au contraire, le président renvoie les parties au tribunal après une vaine tentative de conciliation, l'instance est réputée introduite et le tribunal saisi en la personne de son président, rétroactivement, du jour où le défendeur aura été touché par la requête du demandeur au moyen de la citation qui lui a été faite de comparaître en conciliation. — (V. *suprà*, n. 272.)

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est bien établie en

matière de séparation de corps dans le sens que nous venons d'exposer.

699. En matière de divorce, nous l'avons dit, la règle est l'article 268 du Code civil. Il est pourtant une hypothèse où le conflit pourrait aussi s'élever entre cet article et l'article 878 du Code de procédure : c'est celle où il y a urgence à statuer sur le domicile provisoire de la femme, aussitôt après la tentative infructueuse de conciliation. Mais, dans ce cas, la difficulté tombe, car le président, s'il statue sur une mesure urgente après avoir échoué dans la tentative de conciliation, n'agit plus comme magistrat conciliateur, mais comme juge des référés et demeure compétent à ce titre.

700. Si la même difficulté ne peut se présenter en matière de séparation de corps quant au domicile provisoire, parce que l'article 878 du Code de procédure est formel, elle peut néanmoins se présenter sur l'article 267 en ce qui concerne la garde des enfants. L'article 878 ne statue point à ce sujet, et il faut donc, en règle générale, accepter l'application de l'article 267 du Code civil qui donne, à cet égard, compétence au tribunal seul. Mais *quid* s'il y a urgence?

701. La manière dont cette question est résolue par la jurisprudence pourra être utilement étudiée lorsque la question se posera, en matière de divorce, sur le point de savoir si le juge conciliateur pourra, en cas d'urgence, statuer sur le domicile provisoire de la femme, et si, dans ce cas, elles devront procéder en conciliation, c'est-à-dire comparaître seules, en personne. — (V. *suprà*, n. 243 et suiv.)—Examinons donc, en matière de séparation de corps, l'hypothèse où le président a statué sur la garde des enfants.

Il s'agit de deux époux qui sont en conciliation devant le président du tribunal; ils doivent s'y présenter en personne. En ce qui concerne l'objet principal, la conciliation, cela ne fait pas de doute; mais il s'agit aussi à ce

moment de demandes accessoires urgentes qui pourraient, en d'autres circonstances, faire l'objet d'un référé. Or, en référé, chaque partie a le droit de se faire représenter par un avoué, ou assister d'un avocat. Il peut arriver ceci dans une instance en divorce : les époux appelés devant le président ne se sont pas conciliés. Le magistrat renonce à obtenir ce résultat; il ne lui reste plus qu'à statuer sur les mesures provisoires et urgentes, la garde des enfants, par exemple. Alors, un des conjoints demande que, sur ce point, son conseil soit entendu. Le président peut-il le lui refuser? Nous ne le croyons point. En effet, la Cour de cassation (15 juill. 1879, S. 80. 1. 97) a posé en principe que le président, dans le cas de divorce ou de séparation de corps, exerce deux pouvoirs distincts : d'une part, comme juge conciliateur, il tente la conciliation des époux, et assigne à la femme un domicile provisoire au cas de non-conciliation ; et d'autre part, s'il y a lieu, en cas d'urgence seulement, il statue comme juge des référés, et à ce titre ordonne telles mesures provisoires que de besoin dans l'intérêt des enfants. Il est évident que, ce principe une fois admis, l'article 806 du Code de procédure ne doit recevoir application qu'après l'article 878 du même Code, et ce dernier texte doit être entendu limitativement. Le président ne pourra donc se refuser à entendre les conseils choisis par les parties sur la question des mesures provisoires à prendre dans l'intérêt des enfants, car, à cet égard, sa juridiction exceptionnelle de conciliateur prend fin pour faire place à sa juridiction ordinaire, en cas d'urgence, de juge des référés.

La seule différence qui distingue ce référé des référés ordinaires, c'est que le président, dans l'espèce, peut se trouver compétemment saisi de la double question du domicile provisoire de la femme et des mesures urgentes à l'égard des enfants par un acte unique. La forme, il est vrai, se trouve notablement simplifiée au plus grand avantage de tous; mais la procédure reste au fond identiquement la même.

Tel est donc le système que nous croyons pouvoir adopter, étant donnés le principe reçu aujourd'hui par la Cour suprême, qui consiste à diviser les attributions du juge conciliateur. —(V. au surplus cette question traitée d'une façon très complète par M. Labbé, dans sa note sous l'arrêt précité, S. 80. 1. 97, P. 80. 225.)

702. On objectera peut-être que la présence d'un avocat ou d'un avoué sera un obstacle à la conciliation, nous répondrons d'abord que le président aura le droit et le devoir d'empêcher les conseils des parties de prendre la parole en ce qui concernera la conciliation proprement dite et le domicile provisoire de la femme.

Si, d'un autre côté, le législateur a fort sagement fait de préparer le plus grand nombre de voies possibles à la conciliation, ce serait, suivant nous, une véritable illusion (et, en l'écrivant ici, nous sommes certain que pas un des praticiens qui feront à ce livre l'honneur de le consulter ne nous contredira), ce serait une véritable illusion de croire que les époux, dont l'un est demandeur en divorce, viennent devant le président du tribunal en conciliation avec l'intention sérieuse de se réconcilier; l'époux demandeur, en lançant son assignation, est absolument résolu à poursuivre son action, c'est du moins ce qui arrivera dans la plupart des cas. Il a déjà pris ses dispositions en vue du procès, et si le président lui fait abandonner sa demande principale, il lui fera également abandonner toutes les demandes accessoires qui en dépendent.

703. C'est d'ailleurs, au moins pour la compétence, la solution adoptée chez nous par la Cour de cassation, dans son arrêt rendu en matière de séparation de corps (15 juill. 1879, S. 80. 1. 97, P. 80. 225).—Voici les motifs de cet arrêt :

« Attendu qu'aux termes des articles 806 et suivants du Code de procédure civile, il appartient au président du tribunal de première instance, ou au juge qui le remplace, de statuer provisoirement en cas d'urgence; que le prin-

cipe de compétence ainsi consacré étant général et absolu, il n'y a point de raison pour refuser de l'appliquer à la garde des enfants durant l'instance en séparation de corps; et que, pour admettre une pareille exception, il faudrait qu'elle fût expressément écrite dans la loi; qu'on ne trouve rien de semblable, ni dans les articles 267 et 306 du Code civil, d'après lesquels l'administration provisoire des enfants doit rester au mari, demandeur ou défendeur en divorce ou séparation de corps, ni dans l'article 878 du Code de procédure civile, où sont indiquées les attributions du président, lorsqu'il autorise l'introduction de l'instance en séparation et qui ne parle pas de l'administration des enfants; qu'il est évident, en effet, que ces dispositions n'ont été édictées que pour les cas ordinaires, et non pour ceux où il y a péril en la demeure et où il est nécessaire, par dérogation au droit commun, de régler provisoirement et sans délai l'administration des enfants, en les confiant à leur mère ou en les plaçant dans une institution; qu'il est donc certain que, s'il y a urgence, le président a la faculté de prescrire, au début ou au cours de l'instance, les mesures qu'exige la personne des enfants, sans attendre le jugement du tribunal sur les demandes provisoires; que, cela étant, le président, après avoir accordé à la femme l'autorisation qui l'habilite à former sa demande, peut statuer immédiatement et sans désemparer sur la garde des enfants, pourvu que la question lui ait été régulièrement déférée par l'exploit d'assignation, et qu'il ne faut pour le tout qu'une seule ordonnance; — D'où il suit que la dame de M*** ayant assigné son mari devant le président du tribunal civil de F*** afin d'être autorisée à poursuivre en séparation de corps et d'obtenir, en outre, qu'il fût pourvu, pour cause d'urgence, à l'administration provisoire des enfants issus du mariage, le président, après avoir entendu les parties sans parvenir à les concilier, a dû prononcer successivement sur le double chef de conclusions dont il était saisi; qu'il a juridiquement procédé en statuant par une seule ordonnance; qu'il n'a

commis aucun excès de pouvoir en faisant droit sur l'un, d'après l'article 878 du Code de procédure civile, sur l'autre, d'après les articles 806 et suivants du même Code; et que, par conséquent, en le décidant ainsi, l'arrêt dénoncé n'a violé aucune loi : — Rejette, etc. »

704. Il nous semble toutefois que lorsque le président statue en cas d'urgence sur la garde des enfants, par dérogation à l'article 267, il est bon qu'il rende, à cet effet, deux ordonnances séparées : la première, émanant de la juridiction gracieuse comme juge conciliateur en vertu de l'article 878 du Code de procédure civile; la seconde, émanant de sa juridiction contentieuse et statuant comme juge des référés dans les formes prescrites par les articles 806 et suivants du Code de procédure.—(*V.* à cet égard la note insérée dans *la France judiciaire*, sous l'arrêt de Cass., 27 mai 1879, 78-79. 2. 576.—*Contrà*, la note de M. Labbé, S. 80. 1. 97, P. 80. 225.)

705. Il nous paraît certain qu'en matière de divorce, les difficultés étant les mêmes pour la garde provisoire des enfants, et devant de plus se produire dans les mêmes circonstances pour le domicile provisoire de la femme, on devra adopter les mêmes solutions; c'est ce qui paraît d'ailleurs résulter d'une décision adoptée en matière de divorce par le juge des référés au tribunal d'Anvers.

706. D'après cette décision, le juge des référés est compétent pour statuer sur les difficultés relatives à l'exercice de la puissance paternelle et pour ordonner à la femme qui a quitté le domicile conjugal de remettre au mari les enfants issus du mariage. — (Trib. Anvers. référé, 7 sept. 1875, *Belgique judiciaire*, 76. 914.)

707. Nous avons déjà vu *suprà*, n. 213 et 214, que les tribunaux français, incompétents pour statuer, quant au fond, sur une action en divorce ou en séparation de corps entre étrangers, sont néanmoins compétents pour ordonner les

mesures provisoires nécessaires en pareil cas. Il en est notamment ainsi lorsqu'une demande en séparation de corps est formée entre étrangers n'ayant en France qu'une résidence de fait. Les juges français qui se déclarent dans cette circonstance incompétents quant au fond de la demande n'en n'ont pas moins le droit d'accorder une pension alimentaire à l'époux qui en a besoin.—(Lyon, 25 février 1857, S. 57. 2. 625, P. 58. 1145. — *Sic*, Le Senne, n. 180.)

708. Ce que nous venons de dire en ce qui concerne l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisoires concernant la personne des époux ou des enfants est également vrai en ce qui concerne la provision *ad litem* et la pension alimentaire. Le président, en cas d'urgence, pourra prendre relativement à ces dernières et en référé telles mesures qu'il jugera opportunes.—(Laurent, t. 3, n. 262.)

Suivant nous, on devrait même étendre cette compétence du juge conciliateur statuant en cas d'urgence, comme juge des référés, à toutes les mesures conservatoires relatives aux biens, et sans distinguer entre le cas de séparation de corps et celui du divorce.

709. Il est bien entendu que la juridiction civile seule est compétente pour statuer sur les mesures provisoires. La question a pu cependant se poser, lorsque l'un des époux était un commerçant et en état de faillite.

Le tribunal civil, compétent pour connaître d'une demande en séparation de corps, peut seul statuer sur les conclusions prises au provisoire aux fins de pension alimentaire pour la femme demanderesse, même lorsque l'autre partie a été déclarée en faillite.

A cet égard, l'article 470 de la loi belge sur les faillites n'a point dérogé aux règles générales de la compétence.— (Trib. Bruges, 1er juin 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 3. 301.)

710. La Cour d'appel ne peut, à l'occasion de l'appel d'une ordonnance de référé ou d'une demande incidente de l'une des parties, régler le sort de l'enfant, lorsqu'une demande en divorce est introduite; c'est au juge saisi de l'action qu'il appartient de connaître cette question. — (Liège, 1er mai 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 785. — V. *infrà*, n. 775.)

711. Les mesures provisoires pendant l'action en divorce peuvent se répartir de la manière suivante :

1° Mesures provisoires quant aux personnes, ce qui comprend d'abord celles qui concernent les époux, et ensuite celles qui concernent les enfants. Nous les étudierons séparément;

2° Les mesures provisoires quant aux biens, ou mieux les mesures conservatoires.

2° Mesures provisoires quant aux personnes. — Des époux.

712. Ces mesures consistent à séparer momentanément les époux en autorisant la femme à prendre une habitation distincte de celle du mari.

La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la pension alimentaire que le mari sera obligé de lui payer (art. 268).

713. Nous avons déjà étudié *(suprà*, n. 595) une disposition analogue dans l'article 259 qui s'applique à une seule catégorie de demandes en divorce, celles fondées sur des excès, sévices ou injures graves. Cette dernière disposition n'est applicable qu'au moment où l'instance est sur le point d'aboutir par un jugement définitif; elle permet aux juges d'imposer aux époux, avant de prononcer leur décision, un délai d'épreuve; mais, ce délai passé, les

juges doivent nécessairement prononcer le divorce, et, tant que le délai dure, la femme habite séparément de son mari, et ce dernier doit lui servir, comme dans le cas de l'article 268, une pension alimentaire. Cependant, la situation n'est plus la même avec l'article 268; nous revenons sur nos pas, l'instance ne fait que débuter, et il est encore impossible d'en prévoir l'issue ou la durée; en tous cas jusqu'à ce qu'elle soit terminée d'une façon ou d'une autre, l'article 268 devra recevoir son application.

Cet article contient à lui seul trois mesures provisoires à prendre pendant le procès : l'autorisation pour la femme de résider dans un domicile séparé de celui du mari, et l'obligation, pour ce dernier, de lui fournir une pension alimentaire et une provision *ad litem*.

714. Nous avons précédemment étudié la question de savoir quelle est l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisoires en matière de divorce ou de séparation de corps. Nous avons vu que le président, pour la séparation de corps et en cas d'urgence pour le divorce, pouvait fixer le domicile provisoire de la femme pendant l'instance, mais que, dans l'hypothèse de divorce, c'est un tribunal lui-même, sauf l'exception indiquée, qui est compétent à cet égard. (V. *suprà*, n. 695 et suiv.)

715. Quant à la compétence du président absolument spéciale à la séparation de corps (art. 878, C. proc.) pour fixer le domicile provisoire de la femme, elle subsiste à l'exclusion de celle du tribunal, quand même la femme serait défenderesse; l'article 878 ne distingue pas. — (Cass., 26 mars 1828, S. et P. chr., D. P. 28. 1. 192. — Caen, 25 août 1840, S. 41. 2. 569. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, n. 194, § 493, note 22; Demolombe, t. 4, n. 455; Duranton, t. 4, n. 593, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps* n. 103. — *Contrà*, Vazeille, t. 2, n. 569.)

716. Le président ne peut, d'ailleurs, en autorisant la femme demanderesse en séparation de corps à suivre sur

sa demande, refuser de lui indiquer une résidence autre que le domicile conjugal et lui ordonner, au contraire, de continuer à demeurer dans ce domicile durant l'instance. — (Nancy, 17 août 1854, S. 54. 2. 771, P. 54. 2. 376, D. P. 56. 2. 163. — Colmar, 22 mai 1861, S. 62. 2. 36, P. 62. 752. — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 596; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 155, note 8; Demolombe, t. 4, n. 455; Aubry et Rau, t. 5, p. 194, § 493; Massol, p. 156.)

Il n'y aurait qu'un cas où le tribunal serait compétent: ce serait celui où le président aurait négligé d'indiquer la résidence de la femme. — (Paris, 2 août 1841, S. 43. 2. 475, P. 41. 2. 519, D. P. 49. 2. 45, *ad notam*. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 320, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 105.)

717. A part cette différence entre les deux actions de séparation de corps et de divorce, les mesures provisoires énoncées dans l'article 268 peuvent être prises en matière de séparation de corps comme en matière de divorce, il y a identité de motifs. — (Trib. Bruxelles, 20 janv. 1866, *Belgique judiciaire*, 66. 347; Le Senne, n. 157; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 358, n. 1 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, n. 655; Demolombe, t. 4, n. 455. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 318; Aubry et Rau, t. 5, p. 94, § 493.)

718. Il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où la femme est demanderesse et celui où elle est défenderesse, quant à la fixation du domicile provisoire. — (Cass., 26 mars 1828, S. et P. chr., D. P. 28. 1. 193. — *Sic*, Demolombe, t. 4, p. 456 et suiv.; Laurent, t. 3, n. 319.)

C'est un droit que l'article 268 crée en faveur de la partie demanderesse de vivre provisoirement séparée de son conjoint; mais du principe que nous avons exposé *suprà*, n. 693, que l'introduction de l'instance ne créait aucune dérogation aux obligations qui résultent du mariage, on doit conclure qu'une fois le domicile provisoire fixé, la femme a le devoir de le conserver. Nous reviendrons bientôt sur la nature de ce devoir et la sanction que la loi y apporte. (V. *infrà*, n. 742.)

719. Quant à présent, ne nous occupons que du droit. La première conséquence de ce caractère attribué à la mesure provisoire de l'article 268, c'est que si le président a omis de la fixer, le père de la femme qui a recueilli sa fille chez lui depuis le commencement des poursuites n'a encouru pour ce fait aucune responsabilité personnelle. — (Nancy, 17 août 1854, S. 54. 2. 771, P. 54. 2. 376, D. P. 56. 2. 163.)

720. La seconde, c'est que le mari, demandeur en séparation de corps ou en divorce, peut contraindre sa femme à quitter, pendant l'instance, le domicile conjugal et à résider dans un lieu déterminé par le tribunal, à la charge par lui de lui fournir une pension alimentaire. — (Caen, 25 août 1840, S. 41. 2. 569, D. P. 41. 2. 178. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 467; Laurent, t. 3, n. 319.)

721. La femme peut être autorisée à quitter le domicile conjugal aussitôt après la remise de la requête en divorce et des pièces à l'appui; il n'est pas nécessaire d'attendre le résultat de la comparution tendant au rapprochement des époux, non plus que la notification au mari de la citation introductive d'instance. — (Trèves, 4 févr. 1807, S. et P. chr., D. A. 1. 359, D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 738.)

722. Le président ou le tribunal peut-il fixer un domicile provisoire à la femme dans un arrondissement autre que celui où le mari a son domicile? La question a été très controversée, nous pensons qu'il faut la résoudre dans le sens de l'affirmative; l'opinion contraire, en effet, ne pourrait reposer directement sur aucun texte, et nous pensons que le législateur a voulu laisser sur ce point, au président ou au tribunal, la plus grande latitude possible à cet égard. Dans l'hypothèse la plus générale, la femme a un domicile provisoire tout indiqué qui s'impose presque au juge et qui, sauf des cas exceptionnels entièrement laissés à son appréciation, offre toutes les garanties possibles de moralité ; c'est le domicile des parents de la

femme. On peut même dire que, dans la plupart des cas, quand la femme est demanderesse, c'est là qu'elle se réfugie avant même d'intenter son action, et c'est là que le président ou le tribunal la maintiennent. Or, il peut arriver, et il arrive souvent aujourd'hui, par suite de la grande facilité des communications, que ce domicile n'est pas dans l'arrondissement où habite le mari. Il nous semble que cette circonstance ne peut pas être de nature à influencer la décision du juge. — (Paris, 15 juin 1827, *Gazette des tribunaux* du 26 juin. — Limoges, 7 févr. 1850, *Journal des avoués*, t. 77, p. 88, art. 1207; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure* et suppl., n. 2973.)

Ainsi, les juges ont un pouvoir souverain pour déterminer, d'après les circonstances et bienséances, le domicile provisoire de la femme, et le fixer même en dehors de l'arrondissement judiciaire. —(Favard, *Rép.*, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 2, n. 6; Massol, p. 156, n. 9; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 26 et suiv.; Chauveau sur Carré, n. 2974; Demolombe, t. 4, n. 456; Devilleneuve, note sous Rennes, 3 avril 1851, S. 51. 2. 721. — Trib. Bruxelles, 5 sept. 1868, *Belgique judiciaire*, 68. 1209.)

723. Il a été jugé, du reste, que si la femme demanderesse en séparation de corps a été autorisée à résider avec ses père et mère dans une maison indiquée, elle peut cependant sans inconvénient changer de résidence à la suite de ses père et mère, et aller partout où il leur plaît de se fixer, même dans un autre ressort que celui du tribunal de première instance où se trouve le domicile conjugal. — (Cass., 14 mars 1816, S. et P. chr., D. A. 11. 901. — *Sic*, Cubain, n. 901; Le Senne, n. 186.)

Et, dans l'espèce, l'arrêt qui décide que le président a eu en vue la résidence auprès de la mère même, plutôt que la maison habitée par celle-ci au moment où l'ordonnance était rendue, et que, dès lors, la femme, en accompagnant sa mère dans une autre résidence, s'est exactement conformée aux prescriptions de cette ordonnance,

ne fait qu'user du pouvoir d'appréciation qui appartient en pareille matière aux juges du fait. — (Cass., 29 juin 1868, S. 68. 1. 402, P. 68. 1088.)

724. D'ailleurs, le tribunal, avons-nous dit, apprécie souverainement, d'après les circonstances de la cause, le lieu où il convient que réside la femme pendant l'instance. Ses pouvoirs sont extrêmement étendus à cet égard; il peut même autoriser la femme à résider à l'étranger. — Ainsi le mari est irrecevable à attaquer l'ordonnance qui autorise sa femme à se retirer chez ses parents, sous le prétexte que ces parents résident en pays étranger, lorsqu'il a exécuté cette ordonnance en délivrant à sa femme les effets personnels et le mobilier à elle appartenant. — (Colmar, 31 mai 1811, S. et P. chr. — Trib. Bruxelles, 5 sept. 1868, *Belgique judiciaire*, 68. 1209.)

Nous écartons donc d'une façon absolue comme contraire à l'esprit de la loi la doctrine d'après laquelle la femme ne pourrait être autorisée à résider hors le ressort du tribunal devant lequel est pendante la demande en séparation. — (*V.* dans le sens de cette opinion, Paris, 4 déc. 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 916, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 136. — *Sic*, Massol, p. 158. — V. *infrà*, n. 747.)

725. Nous pensons donc que le tribunal ou le président, suivant qu'il s'agit d'une séparation ou d'un divorce, peut fixer la résidence de la femme où il le juge à propos; mais nous croyons qu'il faut s'arrêter là et dire que le tribunal, s'il a les pouvoirs les plus étendus, est seul maître en cette matière. Ainsi on ne pourrait pas soutenir, suivant nous, que le domicile provisoire qui a été assigné à la femme pendant l'instance en séparation de corps suit nécessairement la personne en la demeure de laquelle ce domicile a été établi, lorsque cette personne est autre que ses parents et va habiter une autre localité. — D'ailleurs, sont, en général, nulles et sans effet les significations faites, dans ce cas, à la femme, en la nou-

velle demeure de la personne chez laquelle son domicile provisoire avait été primitivement fixé, et où la femme ne résidait pas de fait. — (Rennes, 3 avr. 1851, S. 51. 2. 721, P. 51. 2. 56, D. P. 52. 2. 129.)

726. C'est en se plaçant au point de vue des énonciations de la requête en divorce que le tribunal (ou le président) doit ordonner les mesures provisoires qui consistent à fixer à la femme un domicile séparé. — (Trib. Bruxelles, 11 mai 1872, *Pasicrisie*, 72. 3. 189.)

Au reste, la décision qui assigne la résidence provisoire de la femme pendant l'instance en séparation de corps ne fait pas obstacle à ce qu'ensuite le tribunal, déterminé par des considérations nouvelles, autorise la femme à résider dans un autre lieu. — (Douai, 6 avr. 1853, S. 55. 2. 714, P. 55. 2. 71, D. P. 56. 2. 145.)

727. D'ailleurs, la femme peut être autorisée par le tribunal à s'absenter de la résidence qui lui est assignée pendant l'instance, si ces absences ne portent atteinte ni à la morale publique ni au droit de surveillance que le mari conserve tant que le mariage n'est pas dissous.

La santé de la femme sera toujours le principal élément d'appréciation des juges en cette matière ; ils pourront, par exemple, autoriser la femme à s'absenter à plusieurs reprises pour passer à chaque fois une huitaine de jours à la campagne, dans une maison respectable. — (Bruxelles, 14 juill. 1859, *Belgique judiciaire*, 59. 1066, — Gand, 9 juin 1866, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 279.)

728. Mais la demande du mari défendeur aux fins de faire désigner par le tribunal une autre résidence provisoire à sa femme demanderesse ne serait pas recevable si elle n'était fondée que sur ce motif que, n'ayant pas reçu la citation en conciliation, il n'a pu soumettre au président ses observations relatives au domicile désigné. — (Trib. Gray, 8 juin 1870, D. P. 71. 5. 350.)

729. Le tribunal (ou le président), lorsque les circonstances l'exigent, peut maintenir la femme dans le domicile conjugal et enjoindre au mari de le quitter. On ne doit, à cet égard, considérer l'article 268 que comme une règle générale statuant *de eo quod plerumque fit;* le principe appliqué par ce texte veut simplement que les époux pendant l'instance aient deux résidences distinctes. — (Douai, 3 avr. 1852, S. 52. 2. 520; 6 avr. 1853, S. 55. 2. 714, P. 55. 2. 71, D. P. 56. 2. 145. — Paris, 13 déc. 1856, S. 57. 2. 257, P. 57. 327; 21 janv. 1857, S. 57. 2. 257, P. 57. 31, D. P. 57. 2. 194; 1er févr. 1864, S. 65. 2. 96, P. 65. 464, D. P. 56. 5. 426. — Caen, 1er avr. 1857, S. 57. 2. 270, P. 57. 230. — Dijon, 28 déc. 1859, S. 60. 2. 270, P. 61. 598. — Colmar, 23 mai 1860, S. 60. 2. 488, P. 60. 583, D. P. 60. 2.200. — Trib. Bruxelles, 16 déc. 1871, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 39. — Trib. Gand, 17 mai 1876, *Belgique judiciaire*, 77. 106. — *Sic*, de Belleyme, t. 1, p. 65, et t. 2, p. 348; Demolombe, t. 4, p. 457; Laurent, t. 3, n. 257, *in fine;* Aubry et Rau, t. 5, p. 194, § 493; P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 105 et suiv.; Le Senne, n. 178 et suiv.; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 38 et suiv., — *Contrà*, Limoges, 21 mai 1845, S. 48. 2. 654. — V. *infrà*, n. 776.)

730. Par exemple, la femme demanderesse qui, mariée sous le régime de la séparation de biens, s'est réservé la libre administration de sa fortune, peut demander que pendant l'instance son mari quitte le domicile conjugal, établi dans un de ses propres, qui lui sert d'ailleurs à un usage commercial; on ne doit pas, dans ce cas, lui assigner une demeure séparée. — (Trib. Liège, référé, 22 mars 1845, *Belgique judiciaire*, 45. 797. — Trib. Bruxelles, 13 mars 1879, *Belgique judiciaire*, 79. 719. — Paris, 21 janv. 1857, S. 57. 2. 257, P. 57, 31, D. P. 57. 2. 194.) — Surtout si la femme gérait et administrait ce fonds de commerce dès avant son mariage — (Caen, 1er avr. 1857, S. 57. 2. 570, P. 57. 230. — Bruxelles, 14 juill. 1859, *Pasicrisie belge*, 60. 2. 210. — Gand, 9 juin 1866, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 279. — Liège, 17 juin 1880, *Pasicrisie belge*, 81. 2. 116.)

Il en serait encore de même si la maison habitée par les époux appartient à la femme déjà séparée de biens, ainsi que le mobilier qui s'y trouve et un train d'agriculture dont celle-ci a la gestion, et qu'en outre cette maison ne comporterait pas, sans inconvénient pour les époux, une habitation distincte et séparée. — (Dijon, 28 déc. 1859, S. 60. 2. 270, P. 61. 598. — *Sic*, Le Senne, n. 178 et suiv.)

731. La même solution doit être adoptée lorsque la maison où est établi le domicile conjugal appartient à la femme et à ses enfants d'un premier lit. — (Paris, 13 déc. 1853, précité. — Douai, 3 avr. 1852, D. P. 56. 2. 145. — Colmar, 23 mai 1860, précité. — *Sic*, de Belleyme, t. 1, p. 65, et t. 2, p. 348; Demolombe, t. 4, n. 457; Laurent, t. 3, n. 257.)

On doit encore *à fortiori* décider dans le même sens lorsqu'il paraît douteux que la maison habitée par les époux soit réellement le domicile conjugal. Par exemple, la maison qui était habitée par deux époux, mais que la femme a louée en propre nom, après l'abandon fait par son mari à ses créanciers de tout son avoir personnel et la séparation de biens obtenue par la femme, doit être considérée comme n'étant pas le domicile conjugal, et le mari peut en conséquence être obligé d'en sortir pendant l'instance. —(Bruxelles, 28 nov. 1832, *Pasicrisie belge*, 32. 280.)

732. Si le mari refusait d'obéir aux injonctions de la justice, il pourrait être expulsé du domicile conjugal par toutes les voies de droit, même par la force publique. — (Paris, 2 août 1841, S. 43. 2. 475, P. 41. 2. 343, D. P. 49. 2. 45, *ad notam*. — Trib. Seine, 27 janv. 1843, S. 43. 2. 475, D. P. 49. 2. 45. — Douai, 6 avr. 1853, précité. — Orléans, 10 juin 1853 D. P. 53. 2. 151. — Colmar, 23 mai 1860, précité.)

733. Mais, en dehors des cas que nous venons d'énumérer, le mari ne peut être contraint d'abandonner pendant l'instance la maison commune que si l'intérêt de la famille ou l'état de santé de la femme l'exigent.

Cela a été jugé dans le cas même où le domicile était établi dans un propre de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens.— (Bruxelles, 14 juill. 1859, *Belgique judiciaire*, 59. 1066. — Gand, 9 juin 1866, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 279.— Trib. Gand, 17 mai 1876, *Belgique judiciaire*, 77. 106. — Limoges, 21 mai 1845, S. 48. 2. 655, P. 46. 1. 340, D. P. 49. 2. 45. — Paris, 17 juin 1858, S. 59. 2. 45, P. 58. 795.)... Ou dans une propriété paraphernale de la femme mariée sous le régime dotal. — (Limoges, 21 mai 1845, S. 48. 2. 655, P. 46. 1. 340, D. P. 49. 2. 45. — *Sic*, Le Senne, n 179.)

Il en serait ainsi, à plus forte raison, sous le régime de la communauté, si l'immeuble habité par les époux contenait un fonds de commerce administré par le mari, bien que ce fonds ait été apporté en communauté par la femme. — (Paris, 19 nov. 1856, S. 57. 2. 257, P. 57. 30, D. P. 57. 2. 193.)

734. Au surplus, lorsque pendant l'instance en divorce la défenderesse n'a pas été autorisée à résider au domicile conjugal à l'exclusion du mari, elle n'est pas recevable à demander que les enfants communs lui soient confiés dans la nouvelle résidence qu'elle a choisie. — (Trib. Bruxelles, 5 sept. 1868, *Belgique judiciaire*, 68. 1209.)

735. Du reste, les articles 268 du Code civil et 878 du Code de procédure civile, d'après lesquels la femme demanderesse ou défenderesse en divorce peut quitter le domicile du mari pendant la poursuite, n'ont pas pour objet de conférer à la femme une pure faculté de quitter le domicile dont il lui est libre d'user ou de ne pas user à son gré, de telle sorte qu'elle puisse dans tous les cas persister à demeurer dans ce domicile sans pouvoir jamais être contrainte à l'abandonner pendant les poursuites. — (Bruxelles, 30 mai 1831, *Pasicrisie belge*, 31. 144; 14 juin 1834, *Pasicrisie belge*, 34. 141. — Trib. Bruxelles, 11 mai 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 189. — Trib. Anvers, 27 avr. 1872, *Belgique judiciaire*, 73. 1435.)

La décision fixant provisoirement à la femme demande-

resse en séparation de corps une résidence distincte du domicile du mari conserve son effet, tant que l'instance en séparation ou en divorce n'est pas périmée. Dès lors, le refus du mari de recevoir, pendant cette instance, la femme dans le domicile conjugal, ne peut être considéré comme une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps de la part de la femme elle-même. — (Cass., 7 avr. 1862, S. 63. 1. 315, P. 63. 908, D. P. 63. 199.)

736. La décision qui fixe à la femme une résidence séparée ou qui lui désigne le domicile conjugal pour résidence provisoire n'est pas un acte de juridiction gracieuse, mais réunit au contraire tous les éléments d'un jugement, et est par conséquent susceptible d'appel, comme statuant sur un véritable litige. — (Pau, 18 janv. 1830, S. et P. chr., D. P. 30. 2. 73. — Limoges, 21 mai 1845, S. 48. 2. 655, P. 46. 1. 340. — Douai, 3 avr. 1852, S. 52. 2. 520, P. 54. 1. 388. — Caen, 1er avr. 1857, S. 57. 2. 570, P. 57. 230. — Paris, 17 juin 1858, S. 59. 2. 45, P. 58. 795; 1er févr. 1864, S. 65. 2. 96, P. 65. 494. — Colmar, 23 mai 1860, S. 60. 2. 488, P. 60. 583. — Gand, 11 déc. 1869, *Pasicrisie belge*, 70. 2. 80. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 455 *bis*; Aubry et Rau, t. 5, p. 195, § 493; P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 105 et suiv.; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 12 et suiv.)

.... Surtout au cas où l'ordonnance autorise la femme à demeurer dans le domicile conjugal et à en expulser le mari. — (Cass., 15 févr. 1859, S. 59. 1. 201; 11 déc. 1865, S. 66. 1. 238, D. P. 66. 1. 167. — Paris, 19 août 1856, S. 57. 1. 237, P. 57. 2. 570. — Dijon, 28 déc. 1859, S. 60. 2. 270, P. 61. 598. — Colmar, 23 mai 1860, S. 60. 2. 488, P. 60. 583.)

Et le mari qui exécute, en quittant le domicile conjugal, l'ordonnance du président autorisant sa femme demanderesse à résider provisoirement à ce domicile et à l'expulser par l'intervention de la police ou même de la force armée, n'acquiesce pas par là à cette ordonnance et ne se rend pas dès lors non recevable à en interjeter

appel. — (Colmar, 23 mai 1860, S. 60. 488, P. 60. 583. — V. *infrà*, n. 795.)

737. Nous devons cependant reconnaître que cette opinion, qui est la nôtre, n'est pas universellement admise. On peut en effet citer en sens contraire : Paris, 2 août 1841, S. 43. 2. 473. — Rouen, 3 mai 1847, S. 48. 2. 654. — Rennes, 14 mai 1851, S. 51. 2. 352, P. 51. 2. 66. — Dijon, 22 août 1856, S. 56. 2. 529, P. 56. 2. 281. — *Sic*, de Belleyme, t. 1, p. 321; Chauveau sur Carré, n. 3430 *quater*.

N'est pas non plus susceptible d'appel, dans ce système, l'ordonnance du président qui, au lieu de désigner à la femme demanderesse une résidence provisoire en dehors du domicile conjugal, l'autorise à demeurer dans ce domicile. — (Paris, 21 janv. 1857, S. 57. 2. 257, P. 57. 34.)

738. On a jugé aussi que si la fixation du domicile provisoire a eu lieu du consentement des parties, le mari ne peut appeler de cette décision, en alléguant que, depuis, les circonstances ont changé. — (Dijon, 22 août 1856, S. 56. 2. 529, P. 56. 2. 281. — V. *infrà*, n. 795.)

739. En tous cas, l'ordonnance du président qui désigne la résidence provisoire de la femme demanderesse en séparation de corps ne peut être attaquée par voie d'action principale ou d'opposition devant le tribunal. — (Trib. Muret, 7 janv. 1842, S. 43. 2. 474.)

...Ni par voie d'action incidente à la demande principale. — (Paris, 2 août 1841, S. 43. 2. 473. — Trib. Seine, 27 janv. 1843, S. 43. 2. 474.)

740. La femme qui a été régulièrement autorisée à se retirer du domicile conjugal pendant l'instance en divorce acquiert un domicile de fait, où les actes de la procédure doivent lui être signifiés.

Les mesures provisoires ne doivent pas nécessairement être déterminées par le tribunal saisi de l'action en di-

vorce, mais elles peuvent être prises de commun accord par les parties.

En conséquence, lorsque la femme a été autorisée par son mari à quitter la maison conjugale, les actes de la procédure en divorce doivent lui être signifiés au domicile où elle s'est retirée du consentement de son époux.

Il y a surtout lieu de le décider ainsi lorsque les circonstances de la cause révèlent chez le mari l'intention de cacher à sa femme l'existence de la demande en divorce en faisant faire au domicile conjugal les significations des actes de la procédure. — (Trib. Bruxelles, 13 déc. 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 3. 197. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 23 et suiv. — *Sic*, Demolombe, t. 1, n. 358; Marcadé, t. 1, sur l'art. 108, n. 1 ; Aubry et Rau, t. 1, § 133, n. 6; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Séparation de corps*, n. 134.)

Spécialement en matière de séparation de corps, c'est au domicile provisoire que le président a fixé à la femme que le mari doit faire à cette dernière la notification des actes qu'il a à lui signifier, notamment celle de l'acte d'appel du jugement qui prononce la séparation de corps.

741. Est donc nulle la signification d'un tel acte faite à la requête du mari à son propre domicile, comme étant le domicile conjugal..., alors surtout qu'il est certain que la copie de l'acte signifié, refusée par le mari et par les voisins et déposée à la mairie, n'a pas été transmise à la femme. — (Nancy, 11 août 1865, S. 65. 2. 324, P. 65. 1224.)

742. Quelle sera la sanction de l'article 268, en ce qui concerne le domicile provisoire pendant l'instance? C'est l'article 269 qui répond à cette question :

« La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise: à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse

en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. »

La grosse question sur cet article est celle de savoir s'il est applicable à la séparation de corps.

743. Les jurisprudences française et belge se sont en grande majorité prononcées pour la négative en ce qui concerne la fin de non-recevoir que le mari peut opposer à la continuation des poursuites, quand il est défendeur et que la femme demanderesse a quitté le domicile conjugal. — (Cass., 13 brum. an XIV, S. et P. chr.; 27 janv. 1819, S. et P. chr., D, A 11. 899, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 227. — Bordeaux, 21 flor. an XIII, S. et P. chr.; 6 janv. 1835, S. 35. 2. 347, P. chr., D. P, 35. 2. 117. — Bruxelles, 15 juill. 1807, S. et P. chr.; 26 déc. 1811, S. et P. chr.; 10 oct. 1820, S. et P. chr., D. A. 11. 900. — Trèves, 8 janv. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 900. — Turin, 12 févr. 1811, S. et P. chr., D. A. 11. 900, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 231. — Toulouse, 7 août 1811, S. et P. chr.; 10 juill. 1822, S. et P. chr. — Nîmes, 26 déc. 1811, S. et P. chr. — Agen, 10 déc. 1812, S. et P. chr.; 14 mars 1865, S. 65. 2. 131, P. 65. 591, — Grenoble, 27 févr. 1821, S. et P. chr. — Liège, 9 juill. 1839, *Pasicrisie belge*, 39. 133. — Bruxelles, 9 août 1848, *Pasicrisie belge*, 48. 2. 310, *Belgique judiciaire*, 48. 1220; 20 oct. 1848, *Belgique judiciaire*, 49. 28, *Pasicrisie belge*, 50. 2. 338. — Gand, 9 déc. 1864, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 66, *Belgique judiciaire*, 65. 934. — Trib. Tournay, 17 avr. 1862, *Belgique judiciaire*, 62. 1165. — Liège, 3 mai 1871, *Pasicrisie belge*, 71. 2. 256, *Belgique judiciaire*, 71. 1243, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 71-72. 312. — Trib. Bruxelles, 4 déc. 1872, *Pasicrisie belge*, 74. 341. — Trib. Dinant, 24 nov. 1876, *Pasicrisie belge*, 77. 3. 228. — Gand, 18 déc. 1873, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 129. — Bruxelles, 26 nov. 1872, *Belgique judiciaire*, 75. 341. — Trib. Anvers, 17 juin 1876, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 76-77. 872. — *Sic*, Duranton, t. 2, n. 588; *Rép.*, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 2,

art. 1, n. 5; Chauveau sur Carré, n. 2975; Zachariæ, t. 3, p. 366; Marcadé, art. 307, n. 2; Taulier, t. 1, p. 366; Aubry et Rau, t. 5, p. 196, § 493; Marcadé, t. 1, sur l'art. 307, n. 2; Laurent, t. 3, n. 322; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 655. — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 269, n. 1.)

744. Mais cette opinion n'est pas universellement admise. Un assez grand nombre d'arrêts et d'auteurs décident au contraire que la fin de non-recevoir tirée de l'article 269 est applicable à la séparation de corps. — (V. en ce sens, Agen, 17 mars 1842, S. 42. 315, P. 42. 2. 530, D. P. 42. 2. 193. — Metz, 17 janv. 1855, S. 55. 2. 241, P. 55. 1. 25. — Trib. Bruxelles, 3 févr. 1845, *Belgique judiciaire*, 45. 1073; 2 déc. 1848, *Belgique judiciaire*, 50, 95. — Trib. Huy, 9 août 1856, sol. impl. *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 58, 59, 32. — Bruxelles, 23 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 326. — *Belgique judiciaire*, 68. 1112. — *Adde:* Delvincourt, t. 1, p. 195; Pigeau, *Proc civ.*, t. 2, p. 596, et *Comment.*, t. 2. p. 579; Cubain, *Droit des femmes*, n. 22; Valette sur Proudhon, *Etat des personnes*, t. 1, p, 537; Demolombe, t. 4, p. 414.)

745. Nous avouons que notre préférence est pour cette dernière opinion, malgré le nombre relativement restreint des autorités qu'elle peut invoquer. On est convenu d'appliquer par identité de motifs une grande quantité des dispositions du divorce à la séparation de corps, et nous ne voyons point pourquoi celle-ci, qui a autant de raison d'être que beaucoup d'autres, ne bénéficierait pas de cette extension, alors surtout qu'aucun doute ne s'élève sur l'applicabilité à la séparation de corps. La première partie de l'article, qui est relative à la déchéance du bénéfice de la provision alimentaire, ne fait aucun doute, comme nous le verrons bientôt; il nous semble donc qu'outre l'identité de motifs on peut invoquer ici l'indivisibilité de l'article 269. On nous objectera sans doute que la seconde partie de l'article 269 contient une fin de non-

recevoir et qu'on ne peut pas créer de fin de non-recevoir que la loi n'a pas prevue. Sans doute, mais au moins faudrait-il appliquer ce système d'une façon générale ; or la jurisprudence ne fait aucune difficulté d'appliquer à la séparation de corps la fin de non-recevoir de l'article 272 qui est cependant au titre du divorce, et non contente d'étendre cette application, nous avons vu *suprà*, n. 374 et suiv., qu'elle crée encore un grand nombre d'autres fins de non-recevoir qui ne sont dans aucun texte; il nous semble donc qu'il n'y a aucune raison d'exclure celle de l'article 269.

746. Mais en matière de séparation de corps, les règles générales de la procédure étant beaucoup moins sévères qu'en matière de divorce, nous pensons avec la jurisprudence belge que, dans cette hypothése, il n'y aura pas fin de non-recevoir au sens propre du mot, mais seulement suspension de poursuites. — (Gand, 18 déc. 1873, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 129.— Bruxelles, 29 nov. 1875, *Belgique judiciaire*, 75. 341.)

Que l'on se place sur le terrain d'une demande en divorce, ou qu'il s'agisse au contraire d'une séparation de corps, dans aucun cas on ne doit considérer la fin de non-recevoir comme absolue, elle est au contraire simplement facultative. Son admission est subordonnée à l'appréciation par les tribunaux des motifs qui ont poussé la femme à abandonner sa résidence provisoire. — (Cass., 16 janv. 1816, S. et P. chr., D. A. 11. 954, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 233 ; 25 nov. 1841, S. 42. 1. 73, P. 42. 1. 17; 29 juin 1868, S. 68. 1. 402, P. 68. 1083. — Agen, 14 mars 1865, précité. — Paris, 27 févr. 1868, D. P. 68. 2. 52; 13 juill. 1870, S. 70. 2. 268, P. 70. 1065, D, P. 71. 2. 129.— Bourges, 8 mai 1870, S. 73. 2. 139, P. 73, 591, D. P. 73. 2. 95. — Trib. Bruxelles, 19 nov. 1859, *Belgique judieiaire*, 60. 303. — Trib. Termonde, 10 avr. 1863, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 63-64, 991, *Belgique judiciaire*, 63. 759. — Trib. Tongres, 13 mars 1870, *Jurisprudence des tribunaux de première ins-*

tance, par Cloës et Bonjean, 70-71. 352. — Bruxelles, 23 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 326, *Belgique judiciaire*, 68. 1112. — Bruxelles, 10 août 1874, *Pasicrisie belge*, 74. 2. 364, *Belgique judiciaire*, 74. 1151. — Trib. Dinant, 24 nov. 1876, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 76-77. 862. — *Sic*, Carré, *Proc. civ.*, n. 2975; Thomine-Desmazures. t. 2, p. 490; Massol, p 87, n. 14; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 155, n. 9 et 23; Domolombe, *loc. cit.;* Le Senne, n. 243; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 269, n. 6 et suiv.)

747. En d'autres termes, il faudrait, pour que la fin de non-recevoir contenue dans l'article 269 fût invoquée contre la femme, que l'abandon de la résidence provisoire fixée par le juge soit effectué dans des circonstances dévoilant clairement l'intention de la part de la femme de se soustraire aux obligations que la loi lui impose. — (Bruxelles, 28 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 326, *Belgique judiciaire*, 68. 1112.)

Ainsi, on ne saurait opposer cette fin de non-recevoir à la femme, dans le cas où la nouvelle résidence choisie par elle n'offre pas moins de garanties que l'ancienne, et surtout si le changement résulte de circontances indépendantes de sa volonté et qu'il ait été notifié au mari. — (Paris, 27 janv. 1870, D. P. 72. 2. 87.)

De même, la femme autorisée à résider auprès de ses père et mère, et dans une maison indiquée, n'est pas tenue, sous peine de se rendre non recevable dans sa demande, de rester dans cette maison, au point qu'elle ne puisse changer de résidence avec ses père et mère, et les suivre là où ils le jugent convenable, même hors de l'arrondissement du domicile conjugal.— (Cass., 14 mars 1816, S. et P. chr.; 29 juin 1868, S. 68. 1. 682, P. 68. 1083, D. P. 71. 5. 351. — Orléans, 5 août 1815, S. et P. chr. — V. *suprà*, n. 722.)

748. Au reste, la femme peut avoir eu d'autres causes non moins légitimes de quitter la résidence qui lui avait

été assignée, causes qui la mettent également à l'abri de la fin de non-recevoir. — (Nimes, 25 déc. 1811, S. et P, chr. — Grenoble, 11 juin 1817, sous Cass., 27 janv. 1819. S. et P. chr.)

Par exemple le refus, par le mari, de payer le loyer de la résidence provisoire. — (Trib. Bruxelles, 2 déc. 1848, *Belgique judiciaire*, 50. 95.)

749. Il en serait de même si, la femme ayant exercé une industrie avant l'instance, alors qu'elle était déjà séparée de fait, elle a dû quitter sa résidence provisoire pour liquider le fonds qu'elle exploitait ailleurs. — (Trib. Lyon, 17 nov. 1869, D. P. 71. 5. 351.)

Si elle justifie qu'elle n'a quitté sa résidence provisoire que pour se livrer plus facilement à ses travaux, et que son mari ne l'ait point mise en demeure de réintégrer cette résidence. — (Paris, 27 févr. 1868, D. P. 62. 2. 52.)

Si encore la personne chez laquelle elle devait provisoirement se retirer lui a choisi une autre résidence. — (Nancy, 30 août 1831, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 233.)

Alors surtout que ce changement de résidence, connu du mari et de sa famille, a été tacitement approuvé par l'un et par l'autre. — (Agen, 14 mars 1865, S. 65. 2. 131, P. 65. 595, D. P. 65. 2. 168.)

750. Au surplus, lorsqu'elle est justifiée, la fin de non-recevoir résultant de l'article 269 peut être invoquée même en appel. — (Metz, 17 janv. 1855, S. 55. 2. 241. P. 55. 1. 26, D. P. 55. 2. 146.)

Mais le fait seul par la femme d'avoir abandonné, depuis le jugement de séparation, la résidence qui lui a été indiquée, ne la rend pas non recevable à procéder en appel, lorsqu'elle est retournée dans cette résidence avant l'expiration des délais de l'appel. — (Gênes, 19 août 1811, S. et P. chr.)

Et la femme demanderesse en séparation qui, après avoir obtenu un arrêt prononçant cette séparation à son profit, a quitté le domicile à elle assigné pour le temps

des poursuites, ne se rend pas non recevable, au cas de cassation de cet arrêt, à reprendre et continuer ces poursuites, par cela seul qu'elle n'a pas réintégré ce domicile aussitôt après l'arrêt de cassation, si d'ailleurs son mari, en lui notifiant cet arrêt, ne lui a pas fait sommation de rentrer dans la résidence qui lui avait été fixée. — (Cass., 23 nov. 1841, S. 42. 1. 73.)

Le mari, à plus forte raison, n'est plus recevable à se plaindre de ce que sa femme, demanderesse en divorce, a quitté la maison conjugale sans autorisation du juge, lorsque cette autorisation a été accordée par une ordonnance postérieure. — (Riom, 18 niv. an XII, S. et P. chr. — *V.* au surplus sur les fins de nonrecevoir en général, n. 283 et suiv.)

751. De même, entre deux demandes en séparation de corps, dont la première a été rejetée, la femme demanderesse n'est exposée à aucune fin de non-recevoir pour n'avoir pas réintégré le domicile conjugal, conformément à l'arrêt rendu sur la première demande. — (Nîmes, 26 déc. 1811, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 234.)

On ne saurait appliquer la fin de non-recevoir de l'article 269 au cas où la femme poursuivrait simplement sa séparation de biens. — (Amiens, 18 août 1826, S. et P. chr., D. P. 29. 2. 105. — *Sic*, Chauveau sur Carré, Quest. 2975 *bis*.)

752. Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que de l'une des sanctions de l'article que la loi édicte pour le cas d'inexécution de l'article 268, la plus importante, c'est-à-dire la fin de non-recevoir opposée à l'action de la femme lorsqu'elle est demanderesse.

L'article 269 contient encore une autre sanction : « *La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée...* A défaut de cette justification, le mari pourra refuser la pension alimentaire. »

En ce qui concerne cette seconde sanction de l'ar-

ticle 269, la jurisprudence et la doctrine l'appliquent généralement sans difficulté à la séparation de corps. — (*V.* notamment à cet égard, Bordeaux, 8 août 1867, D. P. 67. 3. 391, et les arrêts cités aux numéros suivants; Aubry et Rau, t. 5, p. 190, § 493. — *V.* cependant Bruxelles, 13 oct. 1821, *Pasicrisie belge*, 21. 464; Laurent, t. 3, n. 322, *in fine;* Le Senne, n. 244. — Mais ici encore l'article 269 n'a rien d'absolu. Et quant aux circonstances dans lesquelles il doit en être fait application, une certaine latitude est laissée aux juges. — (Trib. Huy, 9 août 1856, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 58-59. 32. — Trib. Bruxelles, 19 nov. 1859, *Belgique judiciaire*, 60. 303. — Trib. Termonde, 10 avr. 1863, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 63, 64. 991, *Belgique judiciaire*, 63. 759. — Trib. Tongres, 15 mars 1870, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 70-71. 352. — Besançon, 15 juill. 1874, S. 75. 2. 9, P. 75. 91.) — Ainsi le mari est tenu des dettes de sa femme dans l'hôtel où elle a logé avec son enfant, quand même elle ne se serait pas rendue à la résidence qui lui était assignée par le président du tribunal sur une demande en divorce ou en séparation de corps. Le mari ne saurait échapper aux réclamations de l'hôtelier en se prévalant de l'article 269. — (Besancon, 15 juill. 1874, S. 75. 2. 9, P. 75. 91. — *Sic*, Le Senne, n. 243.)

753. La femme autorisée par justice à quitter le domicile conjugal, pendant l'instance en séparation, peut demander une provision alimentaire à son mari, comme au cas de divorce. — (Amiens, 5 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 909. — Angers, 18 juill. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 909, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 148. — *Sic*, Le Senne, n. 207.) — La jurisprudence est même excessivement large à cet égard.

Un arrêt va jusqu'à concéder ce droit à la femme, même alors qu'elle aurait quitté le domicile marital sans autorisation de justice (Aix, 29 frim. an XIII, S. et P. chr.,

D. A. 11. 908) ...et que la femme demanderesse en séparation de corps peut réclamer de son mari une provision alimentaire pendant l'instance, alors même qu'elle aurait des revenus suffisants pour faire face à ses besoins, et que son mari offrirait de lui compter ces revenus. — (Aix, 19 août 1868, sous Cass., 9 mars 1869, S. 70. 1. 264, P. 70. 661, et la note. — *Contrà*, Duranton, t. 2, n. 595; Aubry et Rau, t. 5, p. 195, § 493; Demolombe, t. 4, n. 458; Massol, p. 159; Allemand, n. 1420; Laurent, t. 3, n. 262.)

754. Au surplus, les mots *pension alimentaire*, employés par l'article 268 du Code civil, ne sont pas restrictifs; ils doivent s'entendre de toutes les sommes que peut demander la femme pour subvenir à ses besoins; le mari doit donc avancer à sa femme demanderesse les sommes nécessaires pour faire face aux frais du procès en divorce qu'elle lui a intenté. — (Trib. Liège, 25 juill. 1846, *Belgique judiciaire*, 47. 295. — Trib. Bruxelles, 7 sept. 1847, *Belgique judiciaire*, 47. 1177; 12 juin 1852, *Belgique judiciaire*, 62. 700. — V. *infrà*, n. 764.)

755. Il suffit, pour que la provision alimentaire soit due, qu'une demande en divorce ou en séparation de corps soit introduite, aucune circonstance extérieure ne pourrait influer sur le sort de cette provision.

Ainsi, la provision ne cesserait pas d'être due par cela seul que le mariage serait argué de nullité. — (Bruxelles, 30 janv. 1837, *Pasicrisie belge*, 37. 26.)

Mais si cette condition suffit, elle est, d'un autre côté, absolument indispensable; d'où il résulte que la demande d'une provision pour défendre contre une action qui n'est pas encore mise au rôle n'ayant aucun caractère urgent, la chambre des vacations ne peut en connaître. — (Trib. Bruxelles, 7 sept. 1847, *Belgique judiciaire*, 47. 1177.)

756. La femme qui plaide en divorce, et à qui il a été accordé une provision pour les frais d'instance, n'est

pas fondée à venir se plaindre de l'inexécution par son mari du jugement qui le condamne à fournir cette provision, pour en tirer la conséquence qu'il lui a été impossible de lever les enquêtes et de suivre l'audience, si elle n'a pas fait exécuter le jugement par elle obtenu. — (Trib. de Bruxelles, 10 févr. 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 1443.)

757. Aux termes de l'article 878 du Code de procédure civile, les demandes en provision ou en pension alimentaire, même en matière de séparation de corps, doivent être portées à l'audience ; il n'appartient qu'au tribunal de statuer sur une demande en pension alimentaire, et l'ordonnance du président du tribunal qui statuerait sur ce point constituerait un excès de pouvoirs.

758. Lorsqu'un jugement rendu en matière de séparation de corps ou de divorce est frappé d'appel, le mari est tenu de fournir à sa femme une provision *ad litem*, tant pour faire face aux frais d'appel, que pour le paiement du reliquat des frais de première instance que n'ont pu entièrement couvrir les provisions allouées par le tribunal.

759. Mais il n'y a pas contravention à l'article 7 de la loi du 3 frimaire an II, qui défend aux juges d'appel de prononcer sur de nouvelles demandes, par cela seul qu'un tribunal d'appel accorde à l'une des parties qui plaide devant lui une provision qu'elle n'avait pas demandée en première instance. — (Cass., 14 juill. 1806, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 296. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 459 ; Massol, p. 109, n. 11 ; Allemand, n. 1420. — V. aussi Le Senne, n. 138. — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268 et suiv.)

La femme demanderesse en séparation de corps ou en divorce peut donc, en appel, demander une nouvelle provision ; ce n'est pas là une demande nouvelle, mais un accessoire de l'action principale. — (Paris, 17 févr. 1845

P. 45. 1. 390, D. P. 45. 4. 141. — Orléans, 26 nov. 1857, D. P. 61. 5. 441, — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 127.)

760. Il est au surplus bien entendu que les mesures provisoires de l'article 268 sont exclusivement attachées au sort de l'action principale. Aussi la demande de provision formée par la demanderesse en divorce pour son entretien et les frais du procès, sur laquelle le premier juge n'a pas statué, devient sans objet, si la Cour rejette la demande principale. — (Bruxelles, 15 févr. 1875, *Pasicrisie belge*, 76. 2. 312, *Belgique judiciaire*, 75. 485. — Paris, 13 frim. an XIV, S. et P. chr., D. A. 10. 121, D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 739.)

Et la femme n'est pas recevable à former pour la première fois en appel une demande de provision *ad litem* destinée à couvrir les frais par elle déboursés devant les premiers juges. Tout ce qu'elle peut réclamer devant la Cour, c'est une provision destinée à subvenir à ses besoins personnels et à couvrir ses frais d'appel. — (Gand, 30 juin 1865, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 7.)

761. La Cour de cassation décide que le jugement qui alloue provisoirement à la femme demanderesse une pension alimentaire pour subvenir à ses besoins personnels *jusqu'au jour de la liquidation*, au cas où le divorce ou la séparation seraient prononcés, a l'autorité de la chose jugée, quant au chiffre et à la durée de cette allocation. Par suite, le mari est non recevable à en demander la modification sur l'appel du jugement définitif qui a statué sur la demande en séparation. — (Cass., 11 avr. 1865, S. 66. 1. 238, P. 66. 618. — V. Le Senne, n. 233 et 235. — Douai, 19 nov. 1846, S. 48. 2. 222, P. 48. 2. 490. — *V.* toutefois *infrà*, n. 768.)

762. Au surplus, le jugement qui, sur la demande d'une provision alimentaire formée par la femme demanderesse en divorce, ordonne que les parties plaideront, sur ce chef, plus amplement devant lui, ne contient pas un déni

de justice. — (Trèves, 4 févr. 1807, S. et P. chr., D. A. 1. 359.)

763. La pension provisoirement fixée en première instance continue d'être servie, alors même que la Cour rejette le jugement de séparation de corps ou de divorce, si elle ordonne par le même arrêt de surseoir pendant trois mois à son exécution. Il est donc inutile, en pareil cas, de former devant la Cour une nouvelle demande de pension alimentaire qui, d'ailleurs, ne serait point recevable. — (Cass., 24 juin 1812, D. *Rép.*, v°, *Séparation de corps*, n. 267.)

764. En ce qui concerne les éléments sur lesquels devront se baser les juges pour fixer la pension alimentaire et la provision *ad litem*, il est universellement admis que la pension ou provision allouée à l'un des époux pendant l'instance en séparation de corps doit comprendre non seulement les aliments, mais aussi les sommes nécessaires pour faire face aux frais du procès. — (Demolombe, t. 4, n. 458 ; Laurent, t. 3, n. 261 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 195, § 493. — Sur ce côté de la question et le règlement des frais, *V.* Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 59. — *V. infrà*, n. 754.)

765. La demande en provision *ad litem* n'est pas préjudicielle en matière de divorce. Elle est purement incidente, et si la cause est en état sur le provisoire et sur le fond, le juge doit statuer sur le tout par un seul jugement.— (Bruxelles, 8 août 1882, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 58.)

766. Le juge ne peut faire un total et confondre en une même somme les aliments alloués à la femme et la provision destinée à faire face aux frais du procès ; ces deux objets doivent être repris dans deux dispositions distinctes. — (Gand. 14 févr. 1834, *Pasicrisie belge*, 34. 41.)

Mais pour fixer le montant de la provision qu'il croit

devoir accorder, il se guidera sur les circonstances de fait, telles que les ressources des parties, leurs habitudes et leur situation dans le monde.— (Amiens, 5 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n.148. — Angers, 18 juill. 1808, S. et. P. chr., D. *Rép.*, *ibid.*— Rennes, 26 déc. 1820, S. et P. chr. — *Sic*, Allemand, n. 1420 ; Demolombe, t. 4, n. 458 ; Le Senne, n. 234.) — Et l'on doit considérer comme à l'abri de la cassation la décision qui, pour allouer une provision à la femme, se fonde sur ce que, en pareille matière, il y a lieu d'évaluer les besoins de la femme sur les facultés du mari, et que les besoins varient selon la position sociale et les dépenses auxquelles la fortune et le train de maison du mari ont habitué la femme. — (Cass., 9 mars 1869, S. 70. 1. 264, P. 70. 661, et la note.)

767. Ainsi les éléments sur lesquels doit se baser le juge pour régler le montant des aliments dus à la femme et la provision destinée à faire face au procès peuvent être puisés en dehors de l'appréciation du revenu net des biens du mari.

En conséquence, si le revenu net des biens du mari pris comme base de calcul ne pouvait permettre de donner à la femme qu'une somme insuffisante pour ses besoins, elle pourrait obtenir que la provision fût calculée sur la valeur totale de la fortune des époux. —(Bruxelles, 26 juin 1849, *Pasicrisie belge* 49. 2. 217, *Belgique judiciaire*, 49. 817.)

768. D'ailleurs, de ce que les obligations dérivant du mariage, et notamment l'obligation d'assistance, subsistent tant que la dissolution n'est pas définitivement prononcée, il résulte que la pension alimentaire ordonnée par l'article 268 est susceptible de diminution ou de majoration suivant l'accroissement ou la diminution de la fortune du mari. — (*V.* toutefois *infrà*, n. 762.)

Cette majoration ou cette diminution peuvent être invoquées par les parties intéressées en tout état de cause. — Ainsi la demande de majoration de pension alimentaire

formée en appel et motivée par un accroissement de fortune survenu depuis le jugement est valable.

Et il en serait ainsi quand même la situation de fortune de la mère de la demanderesse ou défenderesse lui permettrait de subvenir aux besoins de sa fille ; l'obligation du mari n'en subsiste pas moins dans les limites tracées par l'article 301 du Code civil.

Il y aurait donc lieu pour le juge d'appel de majorer la pension accordée par le premier juge dans l'instance en séparation, et de la mettre en rapport avec les besoins de la femme et l'importance de la fortune de l'époux qui la doit, lorsque les ressources de ce dernier se sont notablement accrues au cours de l'instance. — (Gand, 25 mai 1849, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 333, *Belgique judiciaire*, 49. 1100.)

Ainsi, lorsque la provision *ad litem* en première instance s'est trouvée épuisée, elle doit être augmentée pour les frais de l'appel. — (Liège, 4 janv. 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 233, *Belgique judiciaire*, 65. 1272. — V. *suprà*, n. 259.)

769. D'ailleurs, si la provision accordée à la femme pour se défendre contre une action en divorce intentée par son mari est devenue insuffisante, et que des frais ultérieurs aient été occasionnés, l'avoué qui en fait l'avance est fondé à les réclamer à la charge des époux qui en sont solidairement tenus. - (Liège, 8 juill. 1858, *Pasicrisie belge*, 59. 2. 25.)

De même qu'elle est susceptible d'augmentation, la pension alimentaire de l'article 268 est susceptible de diminution pour les raisons inverses. C'est ainsi qu'il a été jugé que la pension alimentaire servie par la femme au mari pendant l'instance est réductible, si la femme apporte la preuve de diminutions sensibles dans sa fortune personnelle; mais il faut bien entendre que ces diminutions soient absolument involontaires et ne soient pas le résultat de manœuvres. — (Trib. Bruxelles, 21 nov. 1848, *Belgique judiciaire*, 49. 60.)

Ainsi, l'allégation par le mari de dettes par lui contractées envers un tiers ne saurait le préserver de la con-

damnation de servir à sa femme et à ses enfants, pendant le procès, la pension stipulée à l'article 268, ainsi que la provision *ad litem*. — (Bruxelles, 7 mai 1852, *Pasicrisie belge*, 54. 2. 61; 11 nov. 1846, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 319, *Belgique judiciaire*, 47. 479.) — Cette obligation dure jusqu'au jour du jugement.

770. Mais ce principe ne fait pas obstacle à l'accomplissement des autres obligations qui résultent du mariage. Ainsi, les parents qui se trouvent dans l'aisance doivent des aliments à leur enfant, même marié, qui se trouve dans le besoin, bien que celui-ci jouisse d'une pension alimentaire due par son conjoint plaidant contre lui. — (Bruxelles, 7 nov. 1853, *Belgique judiciaire*, 54. 1, *Pasicrisie belge*, 54. 2. 53.)

771. Il est bien entendu, d'un autre côté, que la pension alimentaire que le mari doit servir à la femme n'a pas besoin d'être exigée par une décision judiciaire, lorsque le mari a de lui-même offert de pourvoir à ses besoins. C'est ce qui est arrivé notamment dans des hypothèses où la femme avait été autorisée à résider au domicile conjugal.—(Amiens, 4 prair. an XII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 148. — *Sic* Laurent, t. 3, n. 264. — Colmar, 26 févr. 1808, S. et P. chr.)

D'ailleurs, si la femme autorisée, durant l'instance en séparation de corps (ou en divorce), à résider hors du domicile, fait des dépenses pour subvenir à ses besoins, elle s'engage personnellement et engage également son mari, à défaut d'une pension servie par celui-ci. — (Paris, 11 mars 1874, S. 74. 2. 169, P. 74. 730, D. P. 75. 2. 41.)

Et, dans cette hypothèse, c'est au créancier que le mari, comme chef de la communauté, aura à effectuer le paiement des obligations contractées par sa femme pour subvenir à ses besoins et aux frais de justice, si celle-ci a succombé dans sa demande en divorce. — (Bruxelles,

15 févr. 1875, *Pasicrisie belge*, 1876. 312, *Belgique judiciaire*, 1875. 485.)

772. Ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n. 693, il peut résulter de l'instance une modification dans l'interprétation et l'application des clauses du contrat de mariage. Cette influence de l'action en divorce ou en séparation de corps sera surtout sensible en ce qui concerne la proportion dans laquelle les époux doivent subvenir aux charges du mariage.

Cette proportion sera fixée souverainement par le tribunal en matière de divorce. — (Trib. Bruxelles, 24 févr. 1849, *Belgique judiciaire*, 50. 281.)

773. Mais il nous parait surtout intéressant de se demander ici quelle est, au point de vue de la liquidation mutuelle de la communauté par suite du divorce ou de la séparation de corps à intervenir, la nature de la provision alimentaire.

Devra-t-on la considérer comme une reprise ou une indemnité au profit de la femme ? Nous ne le pensons pas ; s'il en était ainsi, cette dernière avait incontestablement le droit de la réclamer comme telle à la liquidation, au cas où elle ne lui aurait pas été payée ; elle viendrait par suite à un rang extrêmement favorable de ce chef à cette liquidation. — Suivant nous, au contraire, le droit de la femme qui n'a pas touché cette provision se borne à faire exécuter le jugement qu'elle a obtenu à cet égard. — (Paris, 28 août 1837, P. 38. 1. 667, D. P. 37. 1. 154. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 132 et 133.) — Et cela résulterait de ce que, au point de vue de l'administration de la communauté qui reste dans les mains du mari jusqu'à la dissolution du mariage, on doit considérer la provision accordée à la femme, en vertu de l'article 268, comme une charge de la jouissance de ses propres. — (Gand, 30 juin 1865, *Pasicrisie belge*. 68. 2. 7.)

Aussi repousssons-nous l'opinion d'après laquelle la femme qui, dans l'instance en séparation, a reçu une

somme à titre de provision, est tenue de la restituer à son mari, lorsque la séparation est prononcée, si la part qui lui revient par suite de la liquidation de la communauté est supérieure ou égale à cette provision. — (Rennes, 21 juin 1841, S. 41. 2. 568.)

774. D'ailleurs, la doctrine que nous soutenons ici est la plus conforme à l'esprit de la loi tel qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil.

Il ne sera peut-être pas inutile de faire remarquer à cet égard que, suivant la rédaction du projet de Code civil primitivement soumis au Conseil d'État, la femme ne pouvait réclamer de provision alimentaire qu'en cas d'insuffisance de ses revenus personnels ; cette disposition fut supprimée à la demande de Regnault et de Tronchet.

D'après ce dernier, la pension doit toujours être payée à la femme dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et dans le cas seulement où les époux ont adopté un autre régime matrimonial, il y a lieu d'examiner si les revenus de la femme peuvent lui suffire.

Et dans une précédente séance, Regnault (de Saint-Jean d'Angély) ayant demandé si la pension, au cas de communauté, serait prise sur cette communauté ou sur les biens personnels du mari, Tronchet lui répondit : « L'esprit de l'article étant d'assurer à la femme une pension alimentaire, cette pension sera prise indistinctement sur les revenus de la femme ou sur les revenus du mari, en un mot sur tous les biens qui pourront la fournir. »

775. Il n'est pas dérogé à la disposition de l'article 268 par l'article 474 du Code de commerce, qui porte que le failli pourra obtenir pour lui et sa famille des secours alimentaires qui seront fixés, sur la proposition des syndics, par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal de commerce en cas de contestation. Cette dernière disposition n'a, en effet, pour but que de régler une mesure gracieuse sollicitée seulement par le mari et non par la femme, tant

que les époux continuent à habiter sous le même toit. Il en résulte que, en cas de faillite du mari défendeur à une instance en séparation de corps ou en divorce, la demande en pension alimentaire ou en provision *ad litem* incidente à l'action principale en divorce ou séparation de corps est valablement intentée contre le mari et son syndic, et que c'est le syndic qui, comme administrateur des biens du mari, doit être condamné aux dépens, même à ceux de l'action principale. Il n'est pas dérogé non plus, dans ce cas, à l'article 268 du Code civil par l'article 444 du Code de commerce, en vertu duquel le mari est dessaisi, à compter du jugement déclaratif de la faillite, de l'administration et de la jouissance tant des biens personnels à sa femme que de ceux de la communauté. — (Gand, 30 juin 1865, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 7. — Trib. Bruges, 1er juin 1874, 74. 3. 301. — V. *suprà*, n. 710.)

776. De même que la femme peut être autorisée à demeurer au domicile conjugal, à l'exclusion du mari, de même elle peut être tenue de payer à son mari une pension alimentaire et de lui remettre une provision pour les frais du procès. — (Trib. Bruxelles, 16 déc. 1871, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 39. — Dijon, 10 mars 1841, S. 41. 2. 355, P. 45. 1. 481. — Orléans, 13 mars 1845, P. 45. 1. 481, D. P. 45. 4. 74. — Rouen, 13 nov. 1878, S. 79. 2. 80, P. 79. 2. 80, P. 79. 346. — *Sic*, Massol, *Séparation de corps*, p. 143 et 160; Le Senne, n. 267.)

Cette opinion est absolument conforme aux principes que nous avons exposés *suprà*, n. 730, relativement au caractère général et démonstratif de l'article 268.

777. Cependant, d'après une autre théorie, dont le caractère juridique nous paraît douteux, il faudrait distinguer entre le cas où le mari est demandeur ou défendeur, et, dans cette dernière hypothèse, il ne serait pas recevable à réclamer à sa femme une provision pour frais de justice, afin de pourvoir à sa défense. — (Trib. Bruxelles, 24 juin 1876, *Pasicrisie belge*, 77. 3. 250.)

778. Nous avons vu *suprà*, n. 742 et 752, quelle était la sanction de l'article 268, en ce qui concerne le domicile provisoire que le tribunal en matière de divorce, le président en matière de séparation de corps, fixe à la femme ; il nous reste à nous demander maintenant quelle sera cette sanction au point de vue de la pension alimentaire et de la provision *ad litem*. Autrement dit, comment la femme, pour les besoins de laquelle, durant l'instance, une pension alimentaire a été accordée, fera-t-elle exécuter l'ordonnance ou le jugement qui fixent le montant de cette pension ou de cette provision ?

Nous pensons que la voie la plus juridique en pareil cas et la plus conforme surtout à la nature de la décision qui fixe la pension alimentaire et la provision *ad litem* sera celle de la saisie-exécution ; mais on pourra cependant employer la voie de la saisie-arrêt entre les mains des fermiers et autres débiteurs du conjoint. — (Paris, 30 nov. 1812, S. et P. chr., D. A. 11. 646, D. *Rép.*, v° *Saisie exécutoire*, n. 19.)

3° Des enfants.

779. C'est dans l'article 267 que le législateur a réglé les mesures provisoires à prendre par le tribunal, en ce qui concerne les enfants, pendant l'instance en divorce : « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public pour le plus grand intérêt des enfants ».

L'article 267 est aussi bien applicable en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce. — (Bruxelles, 8 mai 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 911, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 122. — Bordeaux, 18 janv. 1841, P. 42. 1. 445, D. P. 42. 2. 206. — Bruxelles, 30 mai 1831, *Pasicrisie belge*, 31. 144. — Liège, 28 juill. 1836, *Pasicrisie belge*, 36. 195. — Bruxelles, 15 juill. 1848, *Belgique judiciaire*, 48. 1590, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 177. — Trib Bruxel-

les, 6 janv. 1849. sol. impl., *Belgique judiciaire*, 49. 62. — Liège, 10 déc. 1849, *Belgique judiciaire*, 50. 1248, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 371. — Bruxelles, 23 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 326, *Belgique judiciaire*, 68. 1112; 13 août 1868, *Belgique judiciaire*, 68. 1419, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 320. — Trib. Louvain, 25 juill. 1874, *Belgique judiciaire*, 74. 1194, *Pasicrisie belge*, 75. 3. 205, *Jurisprdence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 74-75. 806. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 267, n. 1 et suiv. — Aubry et Rau, t. 5, p. 194, § 493; Demolombe, t, 4, n. 449 et 451 ; Baudry-Lacantinerie, n. 655. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 326.)

780. Au surplus, il est dans le vœu de la loi de laisser l'administration des enfants au mari, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps. — (Liège, 10 déc. 1849, *Belgique judiciaire*, 50. 1248, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 371.)

Mais le plus grand avantage des enfants doit être consulté pour les confier à l'un ou à l'autre des conjoints. — (Trib. Huy, 5 juill. 1866, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 73-74. 66.)

Et, à cet égard, les magistrats doivent se décider d'après les circonstances de la cause et les documents du procès; c'est une simple question de fait. — (Caen, 19 juin 1807, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 122. — Rennes 31 juill. 1811, S. et P. chr. — Poitiers, 15 janv. 1817, S. et P. chr. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 130. — Bruxelles, 7 août 1829, P. chr.; 15 juill. 1848, *Belgique judiciaire*, 48. 1590, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 177, *Belgique judiciaire*, 48. 1590 ; 20 juin 1849, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 177, *Belgique judiciaire* 49, 817 ; 23 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 826, *Belgique judiciaire*, 68. 1212; 18 mai 1809, *Belgique judiciaire*, 69. 1318. — Trib. Huy, 15 juill. 1866, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, 73. 74. 66.)

781. Il va sans dire en conséquence que, même en ma-

tière de séparation de corps, l'enfant peut être confié à la femme. — (Bruxelles, 21 germ. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 945, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 456; 8 mai 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 911 ; 7 août 1829, P. chr. — Rennes, 31 juill. 1811, S. et P. chr., D. A. 11. 913. — Poitiers, 15 janv. 1817, S. et P. chr ; Le Senne, n. 258.)

782. Il en est ainsi alors surtout que telle est la demande du mari lui-même (Liège, 28 juill. 1836, *Pasicrisie belge*, 36. 195), ...et qu'il s'agit d'un enfant à la mamelle. — (Bruxelles, 27 germ. an XIII, précité.) — D'ailleurs, il y a lieu, eu égard au jeune âge des enfants et à leur sexe, de les confier à la femme demanderesse en séparation. Dans ce cas, il appartient à celle-ci de réclamer même en appel les objets mobiliers qui leur sont indispensables, sans que le mari puisse lui opposer une exception de chose jugée, puisée dans l'ordonnance du président, qui n'a statué que sur la remise des effets journaliers. — (Bruxelles, 23 juill. 1868, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 326, *Belgique judiciaire*, 68, 1112; 13 août 1868, *Belgique judiciaire*, 68. 1419, *Pasicrisie belge*, 68. 2. 320.) — Le père peut se voir enlever la garde de ses enfants en bas âge pendant la durée de l'instance en séparation de corps (ou en divorce), si cette garde ne lui avait été confiée que sous la condition, inexécutée par lui, de les faire conduire périodiquement au domicile séparé de leur mère. — (Bordeaux, 18 janv. 1841, D. P. 41. 2. 185.)

783. Et si, pendant une demande en divorce (ou en séparation de corps) entre ses père et mère, une fille s'est retirée auprès de sa mère en quittant la maison du père, cette retraite de l'enfant n'autorise point le père qui veut se ressaisir de l'éducation de sa fille à user pour cet effet des moyens de correction que donne l'article 376 du Code civil. — (Bruxelles, 2 pluv. an XII, S. et P. chr.)

De même la femme demanderesse en séparation de corps n'est pas non recevable à continuer les poursuites, à défaut de réintégrer au domicile conjugal l'enfant qu'elle

avait détourné. — (Trib. Bruxelles, 6 janv. 1849, *Belgique judiciaire*, 1849.)

Mais elle est tenue de restituer les enfants au mari préalablement à toute demande qui aurait pour but d'enlever au père la garde et l'administration de ses enfants. — (Trib. Louvain, 25 juill. 1874, *Belgique judiciaire*, 74. 1194, *Pasicrisie belge*, 75. 3. 205.)

784. En tous cas, la femme qui, après le rejet d'une demande en séparation de corps, refuse de rendre au mari les enfants dont la surveillance lui avait été provisoirement confiée pendant l'instance, ne peut y être contrainte que par le refus d'aliments et la saisie de ses revenus. — (Colmar, 10 juill. 1833, S. 34. 2, 127, P. chr., D. P. 34. 2. 105.)

785. D'ailleurs, de ce que, d'après l'article 267, les enfants doivent provisoirement rester au mari, à moins qu'il n'en ait été *autrement ordonné..... pour leur plus grand avantage*, il résulte que les juges ont même le pouvoir de confier les enfants à une tierce personne; par exemple, le jugement peut ordonner qu'ils seront placés dans une maison d'éducation désignée. — (Cass., 24 mai 1821, motifs, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 123; 23 juin 1841, S. 41. 1. 630, P. 41. 2. 225, D. P. 41. 2. 189. — Paris, 14 flor. an XI, S. et P. chr. — Bruxelles, 15 juill. 1848, *Belgique judiciaire*, 48. 1590, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 177. — *Sic*, de Belleyme, t. 1, p. 326; Laurent, t. 3, n. 255; Le Senne, n. 428.)

786. Au surplus, lorsque c'est le mari lui-même qui, dans une instance en divorce ou en séparation de corps, a demandé et fait ordonner par justice que les enfants communs seraient mis dans une pension indiquée par lui, il ne peut, pendant le cours de l'instance et sous prétexte que la surveillance de l'éducation de ses enfants lui appartiennent, les retirer du lieu où le tribunal a ordonné qu'ils

fussent placés. — (Angers, 18 juill. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 909, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 131.)

787. Si la garde et l'administration des enfants a été confiée soit à l'un des époux, soit à un tiers, à charge de certaines conditions que cet époux ou ce tiers néglige d'exécuter, il y aura lieu, avant de lui retirer les enfants, d'examiner si les obligations dont il s'est affranchi étaient principales ou accessoires.

Ainsi, le père peut se voir enlever la garde de ses enfants en bas âge pendant la durée de l'instance en séparation de corps, si cette garde ne lui avait été confiée que sous la condition inexécutée par lui de les faire conduire périodiquement au domicile séparé de leur mère. — (Bordeaux, 18 janv. 1841, D. P. 41. 2. 185.)

788. Si le jugement ordonnant à la femme de laisser les enfants au père pendant la durée de l'action n'a pas été exécutée, il n'y a point dans ce fait de fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps formée ultérieurement par la femme. — (Rennes, 31 juill. 1811, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 122.)

789. Le jugement rendu incidemment à une instance en séparation de corps ou en divorce ordonnant que, pendant cette instance, l'enfant né du mariage serait placé dans une maison d'éducation, sans enlever au père le droit d'émancipation, a néanmoins pour effet de limiter les conséquences de cette émancipation, de telle sorte qu'elle ne puisse soustraire ni le père ni l'enfant à l'exécution du jugement, alors qu'il est établi que le père n'a usé de son droit d'émancipation que pour paralyser l'effet de la décision du tribunal, et non dans l'intérêt de l'enfant. — (Rouen, 12 juin 1866, S. 67. 2. 47, P. 67. 223. — *Sic*, Le Senne, n. 429; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 267, n. 10 et suiv.)

790. D'ailleurs, l'émancipation régulièrement faite, et

bien qu'elle fût intervenue avant la signification du jugement sur l'incident, le père peut être néanmoins condamné à placer son enfant dans l'établissement désigné, et ce sous peine de dommages-intérêts à payer par chaque jour de retard. — (Rouen, 12 juin 1866, S. 67. 2. 47. P. 67. 223.)

791. Dans le cas de l'article 267, s'il y a contestation entre les époux au sujet de l'administration provisoire des enfants, il y est statué eu égard aux soins qu'exigent leur âge et leur sexe.

Si l'un des époux articule des faits tendant à établir que son conjoint ne mérite pas, sous ce rapport, la confiance du juge, il échoit de réserver la preuve de ces faits pour le jugement du fond et de maintenir la mesure provisoire prise au sujet de l'enfant, si rien d'ailleurs ne démontre immédiatement que cette mesure provisoire pourrait lui porter préjudice.

Ordonner une preuve préalable à l'adoption de cette mesure provisoire, ce serait en manquer le but, celle-ci pouvant venir à cesser par le jugement au fond. — (Bruxelles, 26 juin 1849, *Pasicrisie belge*, 49. 2, *Belgique judiciaire*, 49. 817.)

792. Le demandeur en divorce n'est pas tenu d'assister à l'instruction des demandes concernant les mesures provisoires des articles 267 et suivants du Code civil, à peine de déchéance de son action. — (Trib. Verviers, 6 juill. 1861, *Belgique judiciaire*, 62. 201.)

793. L'article 267 porte que c'est sur la demande de la mère, de la famille ou du ministère public que la garde provisoire des enfants sera enlevée au père.

Le mot *famille*, dans l'article 267, signifie non pas un parent isolé, mais l'assemblée de famille réunie en conseil et manifestant son avis régulièrement sous forme de délibération. — (Trib. Louvain, 25 juill. 1874, *Belgique judiciaire*, 74. 1194, *Pasicrisie belge*, 75. 3. 205, *Jurisprudence*

des tribunaux de première instance, par Cloës et Bonjean, 74-75. 806.)

794. Lorsque le président statuant en cas d'urgence a, comme juge du référé, réglé la situation des enfants, son ordonnance à cet égard cesse de tenir état du moment que le juge du principal a de nouveau statué sur la garde des enfants, conformément au pouvoir que lui attribue à cet égard l'article 878 du Code de procédure. D'ailleurs, nous verrons que la décision du tribunal elle-même en cette matière n'a rien de définitif et qu'elle peut toujours être modifiée dans l'intérêt des enfants; à plus forte raison en est-il ainsi de la décision du juge des référés. — (Paris, 19 juill. 1878, *France judiciaire*. 77.-78. 2. 680.)

795. L'ordonnance du président ou le jugement du tribunal qui, en autorisant le demandeur en divorce ou en sépartion de corps à intenter son action, assigne à la femme une résidence provisoire et statue en cas d'urgence sur la garde des enfants, doivent-ils être motivés ?

La solution de cette question dépend de cela : de savoir si une telle ordonnance est susceptible d'appel; il est évident, en effet, qu'en cas de solution négative à cette seconde question, il est inutile que le président donne les motifs de sa décision. Mais la solution de cette question dépend elle-même de celle de savoir si une telle décision dépend de la juridiction gracieuse ou de la juridiction contentieuse. Dans le premier cas, elle n'est pas ; dans le second, elle est susceptible d'appel. Ce point est très controversé entre les Cours d'appel. — (*V.* notamment, dans le sens de l'opinion d'après laquelle une telle ordonnance rentre dans la juridiction gracieuse, Paris, 2 août 1841, D. P. 49. 2-45, *ad notam;* 19 nov. 1856, D. P. 57. 2. 193. — *V.* au contraire, dans le sens de l'opinion qui enseigne que l'ordonnance du président est de la juridiction contentieuse et par conséquent susceptible d'appel, Grenoble, 4 mai 1864, S. 64. 2. 296, P. 64. 1045, D. P. 65. 2. 145. — Orléans, 1er mai 1869,

S. 70. 2. 13, P. 70, 98. — Paris, 27 mai 1879, sous Cass., 15 juill. 1879, S. 80. 1. 97, P. 80. 225, la note de M. Labbé, et *le Code civil annoté* par M. Fuzier-Herman, art. 267, n. 19.)— Une troisième opinion distingue le cas où l'ordonnance ou le jugement ont été rendus sur des contestations relatives aux mesures provisoires qu'elle ordonne, de celui où, au contraire, elle n'a fait que constater à cet égard l'accord des parties. Dans le premier cas, suivant cette opinion, l'ordonnance est susceptible d'appel; mais elle ne l'est point dans la seconde hypothèse.—(*V.* sur ce point, Aix, 13 janv. 1873; S. 73. 2. 11.; P. 73. 95, D. P. 73. 5. 341. — *V.* aussi *suprà*, n. 738.) — Il s'agit ici d'un sujet assez grave et assez sérieux pour qu'on ne laisse pas le magistrat conciliateur, en cas d'urgence, le juger seul en dernier ressort; et si les mesures provisoires dont il s'agit sont prises par le tribunal, comme les articles 257 et 268 semblent l'exiger d'une façon spéciale pour le cas où il s'agit d'une action en divorce, à plus forte raison, quand, par le seul fait de l'urgence, le président doit statuer sur les mêmes matières, sa juridiction est-elle contentieuse et susceptible d'appel ; il en résulte nécessairement que son ordonnance doit être motivée. — (*V.* en ce sens, Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Ordonnance*, n. 9, et *Journal des avoués*, t. 76, p. 623, et t. 77, n. 89. — *V.* au surplus *suprà*, n. 736.)

796. On peut attaquer par la voie de l'appel, avant le jugement définitif, le jugement qui joint au fond la demande provisoire de l'époux demandeur en divorce ou en séparation, tendant à obtenir la remise des enfants. — (Poitiers, 15 janv. 1817, S. et P. chr.)

797. Mais la décision qui statue sur la garde des enfants peut être déclaré exécutoire par provision. En effet, aux termes de l'article 135 du Code de procédure civile, l'exécution provisoire peut être ordonnée lorsqu'il s'agit de nommer des tuteurs, curateurs et autres administrateurs; l'expression *administrateurs* employée par la loi comprend nécessairement, dans sa généralité, le gardien

des enfants chargé au cours de l'instance en divorce de prendre soin de leurs personnes. — (Paris, 19 juill. 1878, *France judiciaire* 77-78. 2. 680, et la note.)

798. D'ailleurs, la Cour d'appel qui, en infirmant un jugement en matière de séparation de corps ou de divorce, ordonne que les enfants seront remis à l'un des époux par celui qui jusque-là en a eu la garde, est compétente, au cas de refus ou de retard de cet époux d'exécuter l'arrêt et d'opérer la remise des enfants, pour le condamner en des dommages-intérêts à raison de ce refus ou de ce retard ; c'est là une difficulté d'exécution dans le sens de l'article 472 du Code de procédure civile — (Cass., 25 mars 1857, S. 57. 1. 267, P. 57. 879. — *Contrà*, Laurent, t. 3, n. 256.)

799. L'exécution des mesures provisoires relatives aux enfants ordonnée par l'article 268 entraîne diverses conséquences juridiques très importantes ; par exemple, la mère qui a obtenu pendant l'instance la garde et la surveillance des enfants a le droit d'agir pour les enfants aux lieu et place du père, dans tous les cas d'urgence et lorsque leur intérêt l'exige.

Ainsi, elle peut donner elle-même, alors surtout que le père ne conteste pas et se borne à faire défaut, le consentement requis pour l'engagement volontaire d'un an, à la charge par elle de se soumettre personnellement aux obligations pécuniaires afférentes à cet engagement. — (Trib. Marseille, 14 déc. 1872, S. 73. 2. 121, P. 73. 477. — V. Le Senne, n. 256 et 447. — V. toutefois Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 268, n. 5.)

800. Le mari défendeur à une demande en séparation de corps, qui a la garde de deux de ses enfants, ne peut exiger que celle d'un troisième qui se trouve chez la mère lui soit rendue ; les juges peuvent avoir égard à la sollicitation de la mère qui demande à le garder provisoirement, en alléguant que ses soins sont nécessaires à cet enfant en raison de l'état de sa santé. — (Bruxelles, 7 août 1829, S. 31. 2. 62, P. chr., D. *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, n. 58.)

4° Mesures provisoires concernant les biens.

801. Les mesures provisoires que le juge peut ordonner en ce qui concerne les biens des époux pendant l'instance en divorce sont réglées par les articles 270 et 271 du Code civil.

L'article 270 est ainsi conçu :

« La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. » — (C. proc., 878 et suiv., 907 et suiv., 941 et suiv.)

802. L'article 270 est applicable au cas de séparation de corps comme au cas de divorce. — (Amiens, 5 pluv. an XIII, S. et P. chr., D. A. 11. 909. — Bruxelles, 11 août 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 908; 13 août 1812, S. et P. chr., D. A. 11. 907, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 159. — Paris, 20 avr. 1811, S. et P. chr. — Lyon, 1er avr. 1854, S. 54. 2. 587, P. 55. 2. 36, D. P. 56. 2. 241. — Cass., 15 févr. 1859, S. 59. 201, P. 61. 596. — Caen, 19 déc. 1865, S. 66. 2. 234, P. 66. 918. — Rouen, 23 mars 1864, S. 64. 2. 143, P. 64. 745. — Cass., 13 août 1869, S. 70. 1. 47, P. 70, 76. — Lyon, 10 mai 1865, S. 65. 2. 228, P. 65. 930. — Bruxelles, 14 juin 1834, *Pasicrisie belge*, 34. 141; 27 mars 1858, *Pasicrisie belge*, 59.2.242, *Belgique judiciaire*, 59. 1269. — Gand, 13 févr. 1873, *Belgique judiciaire*, 73.281, *Pasicrisie belge*, 73.2.336. — Liège, 25 févr. 1859, *Belgique judiciaire*, 59. 972, *Pasicrisie belge*, 59. 299. — Cass. belge, 7 janv. 1860, *Pasicrisie belge*, 60. 1. 38, *Belgique judiciaire*, 60. 210. — Gand, 7 févr. 1851, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 75, *Belgique judiciaire*, 51, 281. — Bruxelles, 26 mai 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 664. — Trib.

Liège, 28 juin 1851, *Belgique judiciaire*, 51. 1641. — Liège, 18 déc. 1856, *Pasicrisie belge*, 57. 2. 43, *Belgique judiciaire*, 58. 59. — *Sic*, Toullier, t. 2, n. 776; Delvincourt, t. 1, p. 351; Vazeille, t. 2, n. 573; Massol, p. 163; Duranton, t. 2, n. 613; Rolland de Villargues, t. 6, p. 555; Demolombe, t. 4, n. 460; Aubry et Rau, t. 5, p. 196, § 493.; Le Senne, n. 264; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 655; Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, art. 270, n. 1 et suiv. — *Contrà*, Metz, 23 avr. 1811, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n° 74. — Pigeau, *Proc. civ.*, t. 2, p. 556; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 537; Laurent, t. 3, n. 323.)

803. En principe, l'autorisation donnée à la femme pour procéder sur la demande implique tout ce que l'action comporte, c'est-à-dire le principal et ses suites.—(Bruxelles, 27 mars 1858, *Pasicrisie belge*, 59. 2. 242, *Belgique judiciaire*, 59. 1259.)

On peut en induire que la femme peut, en principe, exercer ce droit directement par voie de réquisition, et sans autorisation préalable du juge. — (Lyon, 1er avr. 1853, S. 54. 2. 287, P. 55. 2. 36, D. P. 56. 2. 241. — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 351; Vazeille, t. 2, n. 573; Massol, p. 163; Demolombe, t. 4, n. 470; Fuzier-Hermann. *C. civ. annoté*, art. 270, n. 3 et suiv.; *V.* aussi Aubry et Rau, *loc. cit.*; Le Senne, n. 268.— *Contrà*, Toullier, t. 2, n. 776, et t. 13, n. 61; Rauter, *Proc. civ.*, n. 345, *ad notam;* de Belleyme, *Ordonn. sur req. et sur réf.*, t. 1, p. 338.)

Mais à Paris, et dans quelques autres tribunaux, l'usage est passé en pratique de demander cette autorisation aussi bien pour apposer que pour lever les scellés en matière de séparation de corps. — (De Belleyme, t. 1, p. 338 et s.; Laurent, t. 3, n. 323; Le Senne, *loc. cit.*)

804. — L'apposition des scellés est pour la femme un droit qui ne saurait lui être dénié, sur le seul motif qu'étant demanderesse en séparation, elle a discontinué les poursuites depuis un certain laps de temps..... Ni sur le motif que les époux seraient étrangers, du mo-

ment que la demande en séparation est soumise à un tribunal français, et tant que ce tribunal en demeure saisi. .....Ni par la simple considération de l'absence de tout danger pour les intérêts de la femme. — (Lyon, 1er avr. 1854, S. 54. 2. 287, P. 55. 2. 36, D. P. 56. 2. 241.)

805. *A fortiori*, la Cour saisie de l'appel d'une ordonnance du président fixant une résidence provisoire à la femme demanderesse en dehors de la maison à elle appartenant, où était établi le domicile conjugal, peut, sans excès de pouvoir, et comme l'aurait pu le président lui-même, l'autoriser à emporter dans cette résidence telle portion de son mobilier personnel que bon lui semblera, à faire apposer les scellés dans les pièces de sa maison où elle a renfermé une partie de ce mobilier, et à faire dresser un état descriptif des lieux et du mobilier laissés à la disposition de son mari ; ces mesures n'étant qu'une conséquence de la fixation de la résidence de la femme hors de sa demeure habituelle. — (Cass., 15 févr. 1859, S. 59. 1. 201, P. 61. 296, D. P. 59. 1. 201.)

806. Quant aux objets sur lesquels les scellés doivent être apposés, il va sans dire qu'ils comprennent même ceux des meubles de la communauté trouvés dans le domicile des époux, dont le mari aurait consenti la vente, s'il s'élève contre cette vente des présomptions de fraude et de simulation.— (Bruxelles, 13 août 1812, S. et P. chr., D. A. 11. 907, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 159.)

807. L'inventaire dont il est question à l'article 270 doit naturellement comprendre tout le mobilier de la communauté, sans en excepter les titres et papiers qui peuvent être utiles à la liquidation éventuelle de ses droits, mais non les papiers ou lettres missives étrangers à ses intérêts matériels, et, dès lors, sans valeur à ce point de vue. — (Caen, 19 déc. 1865, S. 66. 2. 234, P. 66. 918. — *Sic*, Le Senne, n. 273 et suiv.) — Surtout si le mari offre de laisser lire ces lettres par le notaire chargé de l'in-

ventaire en présence du juge de paix, à l'effet de constater seulement si elles contiennent des renseignements utiles à l'établissement de la situation active et passive de la communauté. — (Rouen, 23 mars 1864, S. 64. 2. 143, P. 64. 745.)

D'ailleurs, en pareil cas, la Cour d'appel peut déléguer au juge de paix le soin de prendre seul connaissance du contenu de ces titres, lettres et papiers, et de décider quels sont ceux qui devront être portés à l'inventaire, sauf à les mettre sous scellés, après les avoir numérotés et paraphés, jusqu'après la décision à intervenir sur l'action en séparation de corps (ou en divorce). — (Caen, 19 déc. 1865, S. 66. 2. 234, P. 66. 918. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 270, n. 15 et suiv.)

808. Au surplus on doit, par identité de motifs, étendre l'application de notre article, de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle à la femme dotale ou séparée de biens. — (C. proc., 869; Demolombe, t. 4, n. 466; Laurent, t. 3, n. 267; Aubry et Rau, t. 5, p. 197, § 493; Le Senne, n. 265.)

Ainsi, une femme, même séparée de biens, peut, pendant l'instance en divorce (ou en séparation de corps), requérir l'apposition des scellés, pour la conservation de ses droits. — (Paris, 4. niv. an XII, S. et P. chr. — *Sic*, Le Senne, *loc. cit.* — *Contrà*, Paris, 29 mai 1829, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 162.)

809. Il nous reste à nous demander dans quelles limites la femme peut exercer le droit que l'article 270 lui donne de prendre contre les dilapidations du mari, pendant l'instance, certaines mesures conservatoires.

Le but que le législateur s'est proposé dans l'article 270, c'est d'armer la femme contre les diminutions que le mari, chef de la communauté, aurait pu faire subir à cette dernière, pendant l'instance en divorce. Mais le juge ne doit restreindre les pouvoirs du mari comme chef

de la communauté, que s'il s'est rendu indigne de les conserver intacts. — (Gand, 6 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73, 2. 336, *Belgique judiciaire*, 73. 281.)

La difficulté était d'obtenir ce résultat sans porter atteinte aux droits du mari comme administrateur de la communauté.

Le mari, en effet, reste même pendant l'instance en divorce ou en séparation chef de communauté, mais ses pouvoirs sont modifiés plutôt que réduits par l'application de l'article 270 du Code civil.

810. En tout cas, ainsi que nous l'avons déjà dit *suprà*, n. 393, en traitant d'une façon générale du caractère des mesures provisoires à prendre pendant l'instance en divorce, la règle est la continuation de la puissance maritale ou paternelle, tant en ce qui concerne les personnes qu'en ce qui touche à l'administration des biens; les articles qui, sous la dénomination de mesures provisoires, apportent à ces principes les modifications nécessitées par l'état de choses qu'entraine toujours une instance en divorce ou en séparation de corps, doivent par conséquent être compris *stricto sensu;* ce sont des exceptions, des dérogations à la règle générale. On ne saurait donc en étendre l'application en dehors des cas limitativement prévu par la loi.

811. Plusieurs conséquences en découlent.

D'abord, pour que l'article 270 soit applicable, il faut nécessairement qu'il existe une action en séparation de corps ou en divorce; tant que cette action n'est pas intentée, aucune mesure ne peut être prise par la femme, et l'action intentée ultérieurement serait trop tardive, quelle que soit sa date, pour légitimer les mesures intempestivement prises. — (Bruxelles, 14 juin 1834, *Paricrisie belge*, 34. 141.)

812. On doit conclure encore du caractère de l'ar-

ticle 270 que la femme ne peut exiger qu'il soit imposé au mari des entraves plus sévères que celles qui résultent du texte lui-même. Ainsi la femme non commune en biens et demanderesse en séparation de corps ne peut, sous prétexte que son mari est insolvable, lorsque d'ailleurs ses droits matrimoniaux ne sont pas établis et qu'elle ne prouve ni cette insolvabilité ni l'inconduite de son mari, exiger d'autres sûretés que celles indiquées par l'article 270 du Code civil. — (Metz, 23 avr. 1811, P. chr., — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, 504.)

813. Pour les mêmes raisons, ne peut être fait défense au mari d'aliéner des objets susceptibles de dépréciation, tels que des chevaux. — (Bruxelles, 13 nov. 1847, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 345; *Belgique judiciaire*, 48. 74.)

Et le mari ne peut, en principe, être contraint, pendant l'instance en divorce, de donner caution à raison des reprises que sa femme pourrait avoir à exercer si la dissolution de la communauté avait lieu par suite du divorce pour une cause ne dépendant pas, même d'une manière indirecte, de l'administration des biens ; il n'y aurait donc pas lieu à nomination de séquestre, encore bien que la cause présentât une des hypothèses énumérées dans l'article 1961 du Code civil. — (Bruxelles, 16 juin 1832, *Pasicrisie belge*, 32. 179.)

814. Une question plus délicate est celle de savoir si la femme pourrait, à titre de mesure provisoire, demander la nomination d'un séquestre. Y a-t-il là aggravation des précautions prises par le mari ? On a soutenu que cette mesure n'avait rien d'exagéré, que c'est là une mesure conservatoire dans le sens de l'article 270. — (*V.* aussi C. proc. 869, et en ce sens, Paris, 4 niv. an XII, S. et P. chr.; Demolombe, t. 4, n. 465; Chauveau sur Carré, *Procédure civile*, Quest. 2976; Le Senne, *Separation de corps*, n. 265; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 270, n. 19.) — Mais cette opinion n'est pas universellement admise ; un arrêt de Paris, du 29 mai 1829 (D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*.

n. 162), a décidé au contraire que la nomination d'un séquestre judiciaire pendant l'instance ne pouvait rentrer dans les mesures conservatoires autorisées par l'article 270. — (*V.* en ce sens, Aubry et Rau, t. 5, p. 196, § 493; Laurent, t. 3, n. 268 et 324). — C'est, d'ailleurs, à cette dernière opinion que s'est ralliée avec raison la jurisprudence belge en ce qui concerne spécialement le divorce. —(*V.* notamment Bruxelles, 16 juin 1832, *Pasicrisie belge*, 32. 179; 13 nov. 1847, *Belgique judiciaire*, 48. 74, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 345.)

815. D'ailleurs, quant à la femme dotale demanderesse en séparation de corps ou en divorce, il paraît certain que lorsqu'elle fait apposer les scellés sur les objets mobiliers par elle apportés en dot, elle n'est plus recevable à demander, pendant l'instance, que son mari en soit nommé séquestre judiciaire, ni qu'il donne caution, ni que les objets mobiliers lui soient confiés à elle-même. — (Bordeaux, 29 août 1827, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 163.)

816. Si l'article 270 est limitatif en ce sens qu'on ne doit point autoriser la femme demanderesse en séparation de corps ou en divorce à rendre pendant l'instance la situation du mari pire qu'elle n'est faite par la disposition de cet article, il ne faudrait pas non plus interpréter judaïquement ce texte et réduire les mesures à prendre aux seules prévues par le Code. Il peut se faire, en effet, que d'autres précautions équivalentes ne dépassent point en sévérité, celles que le législateur a permises, et nous pensons que celles-là pourront, devront mêmes être autorisées sans difficulté.

817. Si le caractère absolument exceptionnel et limitatif de l'article 270 empêche que les mesures qu'il indique soient remplacées par des équipollents qui par leur nature pourraient paraître plus vexatoires pour le mari, en ce sens qu'ils entraveraient d'une façon plus gênante que les

mesures de l'article 270 ses pouvoirs comme administrateur, rien ne s'oppose cependant à ce qu'il soit fait usage de mesures moins graves que celles indiquées au texte et qui, dans de telles circonstances données, offriraient cependant les mêmes garanties. Rien ne s'oppose non plus à ce qu'une partie seulement des mesures permises soit employée par la femme.

818. Il y aura donc, dans tous les cas, une certaine part d'appréciation qui reviendra au juge sur le point de savoir si les mesures qu'on sollicite dépassent ou non en gravité celle de l'article 270. Aussi, il a déjà été jugé à diverses reprises que l'article 270 ne fait que permettre la plus importante de ces mesures, et il doit être combiné avec l'article 869 du Code de procédure civile. — (Liège, 25 févr. 1859, *Pasicrisie belge*, 59. 2. 99, *Belgique judiciaire*, 59. 972. — Cass. belge, 7 janv. 1860, *Pasicrisie belge*, 60. 138, *Belgique judiciaire*, 60. 210.) — Dans ces limites, la femme commune en bien et demanderesse en divorce peut demander, et les tribunaux peuvent autoriser d'autres mesures conservatoires que celles de l'article 270. — (Bruxelles, 13 nov. 1847, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 345, *Belgique judiciaire*, 48. 74.) — En d'autres termes, le droit dont jouit la femme demanderesse ou défenderesse en matière de divorce de requérir, aux termes de l'article 270 du Code civil, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, ne doit pas être considéré comme excluant toute autre mesure conservatoire moins onéreuse pour les parties et néanmoins aussi efficace au point de vue de la conservation des droits de la femme. — (Liège, 17 févr. 1847, *Belgique judiciaire*, 48. 643, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 145.)

819. L'apposition des scellés, par exemple, peut, à bon droit, être considérée comme superflue, si le mari consent à ce qu'un inventaire soit immédiatement dressé, contenant le détail des meubles et effets de la commu-

nauté. — (Liège, 17 févr. 1847, *Belgique judiciaire*, 48. 643, *Pasicrisie belge*, 47. 2. 145.)

D'après les mêmes principes, la femme demanderesse en séparation de corps a qualité pour intervenir sur une action en remboursement de capitaux intentée par son mari contre les tiers débiteurs envers la communauté.

Si d'ailleurs, pendant l'instance, le mari reste maître et seigneur de la communauté, ses pouvoirs se trouvent cependant modifiés.

En conséquence, si, pendant cette instance, le mari intente une action en remboursement de capitaux contre un débiteur de la communauté, le juge peut, d'après les circonstances, déclarer le mari non recevable quant à présent dans son action, et ordonner, pour sauvegarder les droits éventuels de la femme, que ces capitaux resteront déposés entre les mains des débiteurs jusqu'à la fin de la cause. — (Trib. Liège, 28 juin 1851, *Belgique judiciaire*, 51. 1641.)

820. Mais la femme pourrait-elle procéder par voie de saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de la communauté? La question est assez délicate, et il y a des arrêts dans les deux sens.

D'après l'opinion la plus généralement suivie par la jurisprudence, et qui nous paraît, d'ailleurs, la plus conforme aux règles d'interprétation que nous avons données (*suprà*, n. 809) en ce qui concerne notre article 270, la femme demanderesse en séparation de corps peut, pour sûreté de ses reprises et récompenses, pratiquer des saisies-arrêts sur les débiteurs de la communauté. — (Cass., 14 mars 1855, S. 56. 1. 655, P. 46. 1. 297, D. P. 55. 1. 235.—Gand, 1er févr. 1851, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 75, *Belgique judiciaire*, 51. 281. — Trib. Bruxelles, 3 janv. 1857, *Belgique judiciaire*, 57. 238; *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 57. 58. 25. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 197, § 493; Demolombe, t. 4, n. 465 et 466; Le Senne, n. 278. — *Contrà*, Paris, 29 niv. an XI, S. et P. chr., D. A. 11. 543. — Caen,

29 mai 1849, S. 49. 2. 202. — Bordeaux, 6 févr. 1850, S. 40. 2. 336. — Trib. Bruxelles, 26 mai 1849, *Belgique judiciaire*, 49. 664. — Laurent, t. 3, n. 268.) — Surtout lorsque la femme a de graves appréhensions au sujet de la manière dont le mari emploiera ces valeurs, et qu'elle ne trouve point de garanties suffisantes dans la fortune de ce dernier. — (Gand, 7 févr. 1851, P. 51. 1. 657, D. P. 52. 2. 7, *Pasicrisie belge*, 51. 2. 65, *Belgique judiciaire*, 51. 281.)

821. La vraie raison de décider ainsi, c'est que le divorce entraînant la dissolution de la communauté, et la séparation de corps entraînant la séparation de biens, la femme peut requérir non seulement les mesures de l'article 270, mais encore toutes celles admises pendant l'instance en séparation de biens. — (C. civ., 311, 1180; C. proc., 869. — Carré, n. 2976; Demolombe, t. 4, n. 465; Massol, p. 164 et suiv. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. 5, p. 196, § 493; Laurent, t. 3, n. 268 et 324.)

Mais il en serait autrement si elle-même était débitrice envers le mari d'une somme égale au montant de ses reprises.

Ou bien encore si la somme qu'elle voudrait saisir-arrêter aux mains d'un tiers était précisément celle que le tiers, son complice d'adultère, a été condamné à payer au mari à titre de dommages-intérêts de ce chef. — (Rennes, 27 août 1851, P. 51. 2. 89, D. P. 54. 5. 687.)

822. On doit décider, d'après les mêmes principes que ceux qui nous ont fait admettre le droit pour la femme de faire saisir-arrêter pendant l'instance entre les mains des débiteurs les sommes dues à la communauté, que les tribunaux peuvent ordonner, à la requête de la femme, que les deniers faisant partie de la communauté resteront déposés à la Caisse des consignations, alors notamment que le mari a déjà fait des tentatives de soustraction des meubles dont il était gardien. — (Metz, 23 juin 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 908. — *Sic*, Demolombe, t. 3, n. 445, Aubry

et Rau, t. 6, p. 196, § 493. — *Contrà*, Paris, 4 mars 1825, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 173. — Laurent, t. 3, n. 268.)

823. La femme, au surplus, par cela même qu'elle a le droit de requérir l'apposition des scellés sur le mobilier de la communauté, a droit également d'en demander la levée au cours de l'instance. — (C. proc. 930 et 931. — Angers, 16 avr. 1853, S. 53. 2. 295, P. 53. 2. 225, D. P. 53. 2. 140. — Caen, 19 déc. 1865, S. 66. 2. 234, P. 66. 918. — *Sic*, Massol, p. 163 et 164; Demolombe, t. 4, n. 465; Aubry et Rau, *loc. cit.*)

D'un autre côté, la femme non commune en biens, et demanderesse, ne peut s'opposer à la levée des scellés qu'elle aurait fait apposer sur les biens de son mari pour sûreté de ses apports, lorsqu'elle ne prouve pas qu'ils sont en péril, et que d'ailleurs le mari offre de se rendre gardien judiciaire des effets inventoriés. — (Metz, 23 avr. 1811, S. et P. chr. — *Sic*, Le Senne, n. 272.) — Le mari peut également faire lever les scellés apposés sur les effets dépendant d'une succession échue à l'épouse demanderesse, s'il prétend que sous les scellés sont des titres nécessaires à l'administration de la succession : peu importerait de dire que l'événement du procès peut le rendre sans intérêt. — (Angers, 16 juill. 1817, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 170.) — Mais on doit considérer comme inadmissible la demande pure et simple de la levée des scellés apposés sur des objets mobiliers échus par succession à la femme pendant le litige. Toutefois, il y a lieu de décréter l'offre du mari de laisser la femme en possession de ces objets après inventaire et prisée. — (Liège, 18 déc. 1856, *Pasicrisie belge*, 1857, 2. 43, *Belgique judiciaire*, 1858.)

824. En tous cas, si la mesure prise par la femme revêtait, d'après les circonstances, un caractère abusif et vexatoire, le mari pourrait, par la voie du référé, y faire apporter

les tempéraments convenables, notamment en y faisant substituer la rédaction d'un inventaire. — (Lyon 1er avr. 1854, précité. — *Sic*, Le Senne, n. 271 et 272.)

825. Il va sans dire que l'article 270, qui ne permet au mari de faire lever les scellés apposés à la requête de la femme sur les effets mobiliers de la communauté qu'à la charge de faire inventaire avec prisée, ne s'applique pas au créancier qui poursuit contre la communauté l'exécution de son titre. —(Rennes, 28 août 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 907, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 169.—*Sic*, Toullier, t. 2, n. 776; Duranton, t. 2, n. 776; Duranton, t. 2, n. 613; Massol, p. 164.

826. Nous avons vu que le législateur, en désignant dans l'article 270 les limites dans lesquelles la femme pouvait parer aux inconvénients d'une situation qui l'empêchait de veiller directement à ses intérêts, prolongeait cependant l'administration du mari. Ces précautions ont été prises de telle sorte que les droits du mari sur la communauté ne fussent pas atteints autant que possible ; ce qu'on a voulu, ce n'est pas même les restreindre, c'est prévenir seulement les abus. On s'est borné à des mesures préventives, aussi l'article 270 n'a-t-il réellement point de sanction, dans le Code civil, contre le mari qui néglige les obligations à lui imposées par ce code, cette sanction se trouve dans le Code pénal. — Ainsi, le fait par un mari de détourner frauduleusement des effets de la communauté dont la garde lui a été confiée, en qualité de séquestre judiciaire, pour assurer les droits de la femme pendant l'instance en séparation de corps, constitue le délit prévu par le § 3 de l'article 400 du Code pénal.

Et un tel détournement n'est pas couvert par l'immunité de l'article 380 du Code pénal, concernant les vols entre époux. —(Cass., 13 août 1869, S. 70. 1. 47, P. 70. 76. — Lyon, 10 mai 1865, S. 65. 2. 228, P. 65. 930.)

827. On a même jugé, non sans raison, que l'action correc-

tionnelle dirigée contre le mari, pour avoir détourné frauduleusement des effets de la communauté dont il avait la garde, peut être exercée par le séquestre judiciaire nommé en remplacement de ce dernier. — (Cass., 13 août 1869, S. 70. 1. 47, P. 70. 76.)

828. Une autre question nous reste encore à résoudre : le mari, au moins lorsqu'il est demandeur en divorce ou en séparation de corps, a-t-il comme la femme, aux termes de l'article 270, le droit de faire apposer les scellés sur les effets communs et d'en faire dresser inventaire? — Nous savons que la réciprocité en matière de divorce ou de séparation de corps est une règle générale; cependant nous croyons qu'il faut ici répondre négativement. — La raison en est dans le caractère limitatif et éminemment spécial de l'article 270. — (V. *suprà*, n. 809. — Paris, 9 janv. 1823, S. et P. chr., D. A. 11. 909, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 166.—*Sic*, Demolombe, t. 4, n. 469; Laurent, t. 3, n. 268; Aubry et Rau, t. 5, p. 197, § 493.)

829. Toutefois, le mari, comme chef de la communauté, peut faire apposer les scellés chez sa femme autorisée à demeurer hors du domicile conjugal, s'il prétend qu'elle a soustrait des effets de la communauté. (C. civ., 2280.) — (Angers, 16 juill. 1817, S. et P. chr., D. A. 11. 908, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 176. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 469; Vazeille, t. 2, n. 573; Massol, p. 170; Fuzier-Herman, art. 270, n. 33. — *Contrà*, Paris, 9 janv. 1823, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 166.)

Il va sans dire qu'une telle apposition de scellés peut avoir lieu même sans autorisation de justice. (C. proc., 878.) — (Angers, 16 juill. 1817, précité. — Lyon, 1er avr. 1854, S. 54. 2. 587, P. 55. 2. 36. — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 85, note 4; Vazeille, t. 2, n. 573; Massol, p. 163, n. 15; Demolombe, t. 4, n. 470; Aubry et Rau, t. 5, p. 198, § 493. — *Contrà*, de Belleyme, t. 1, p. 65; Toullier, t. 13, n. 61.)

830. Pour en revenir à l'administration du mari pendant l'instance, il est trop évident que l'art. 270, dépourvu de sanction par lui-même, aurait été insuffisant si le législateur s'était borné à imposer au mari les quelques mesures préventives que nous venons d'étudier sans tracer en même temps quelques règles dont il ne devra point s'écarter dans sa gérance, en ce qui concerne l'aliénation des immeubles. Nous avons déjà dit à propos de l'article 270 (*suprà*, n. 806 et suiv.) que les meubles ne pouvaient être aliénés par le mari; l'article 271 complète l'article 270 dans les termes suivants :

« Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

A la différence de l'article 270, l'article 271, comme on le voit, contient sa propre sanction; c'est la nullité des actes qui seront passés, malgré la prohibition qu'il contient, par le mari administrateur de la communauté.

831. Au surplus, comme l'article 270, l'article 271 s'applique à la séparation de corps aussi bien qu'au divorce. — (Cass., 26 juin 1866, S. 66. 1. 334, P. 66. 900. — Paris, 2 avr. 1869, S. 69. 2. 205, P. 69, 958. — Trib. Lyon, 26 janv. 1867, D. P. 67. 5. 392. — Bruxelles, 9 avr. 1851, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 42, *Belgique judiciaire*, 51. 646. — Trib. Liège, 31 déc. 1851, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 54-55. 460. — Liège, 10 août 1854, *Pasicrisie belge*, 55. 2. 171, *Belgique judiciaire*, 55. 845. — *Sic*, Toullier, t. 2, n. 776; Demante, t, 2, n. 13 *bis*; Demolombe, t. 4, n. 462; Aubry et Rau, t. 5, p. 204, § 494; Laurent, t. 3, n. 325; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 675. — *V.* cependant Le Senne, 276.)

832. Nous avons déjà vu que l'article 270 laisse le mari administrateur de la communauté, tout en modifiant les

règles de cette administration. On peut à cet égard considérer l'article 271 comme une exception qui ne fait que confirmer la règle. — (Paris, 20 niv. an XI, S. et P. chr.; 2 avr. 1869, S. 69. 2. 205, P. 69. 958. — *Sic*, Le Senne, n. 277 et 278. — Bruxelles, 3 nov. 1870, *Pasicrisie belge*, 72. 2. 1071.) — L'administration appartient au mari, même après la séparation de corps, jusqu'à la liquidation définitive, lorsqu'il n'existe aucun motif de la lui enlever. — (Paris, 13 juill. 1825, S. et P. chr. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 131.)

833. La qualité d'administrateur n'est point détruite par l'ordonnance de référé qui le nomme administrateur séquestre et qui a pour seul résultat de le rendre responsable des objets inventoriés; il gère, par conséquent, comme administrateur légal et non comme séquestre judiciaire; dès lors, il n'a droit à aucun émolument pour sa gestion. — (Paris, 2 avr. 1869, S. 69. 2. 205, P. 69. 958.)

Cette administration ne pourrait en aucun cas être enlevée au mari pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce. Les tribunaux ne peuvent, par exemple, ordonner que les revenus communs seront perçus par un tiers chargé de rendre compte. — (Amiens, 4 prair. an XII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 148. — *Sic*, Demolombe, t. 5, 464.)

834. Le mari reste même, tant que dure l'action, maître absolu des droits et actions de la femme et peut, sans son concours, former une demande en partage des successions qui lui sont échues et qui tombent dans la communauté. — (Paris, 7 pluv. an XII, S. et P. chr. — *Sic*, P. *Rép.*, v° *Divorce*, n. 221; Le Senne, n. 277.)

La femme n'est pas fondée à demander que les biens de la succession soient mis en séquestre; le mari en est administrateur légal. — (Angers, 27 août 1817, S. et P. chr., D. A. 11. 908, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 176. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 197, § 493; Laurent, t. 3, n. 268. — *Contrà*, Massol, p. 165; Demolombe, t. 4,

n. 465; P. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 141; Le Senne, n. 278.)

835. Nous avons même vu, *suprà*, n. 813, que la femme demanderesse en divorce (séparation de corps) ne peut exiger caution de son mari pour la conservation de ses droits de communauté. — (Bruxelles, 6 août 1806, S. et P. chr., D. A. 11. 945, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 460. — *Contrà*, Le Senne, *loc. cit.*)

Nous avons vu également qu'elle ne peut faire nommer un séquestre pour la conservation de ses biens; ajoutons ici qu'elle ne le pourrait même en ce qui concerne les fruits de ses immeubles personnels, encore qu'ils soient sur le point d'être recueillis. — (Liège, 13 janv. 1809, S. chr., D. A. 5. 75, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 178.)

Mais les pouvoirs d'administrateur que possède le mari ne se trouvent pas moins profondément modifiés.

L'ordonnance mentionnée en l'article 271 du Code civil, par laquelle, avant l'instance en séparation de corps, le président du tribunal civil ordonne la comparution des parties devant lui, a néanmoins pour effet d'atténuer la qualité persistante d'administrateur de la communauté que le mari tient de l'article 1428 : en conséquence, les condamnations que les créanciers obtiennent contre le mari seul postérieurement à cette ordonnance ne rejaillissent pas, de plein droit, contre la femme, et celle-ci, après le divorce ou la séparation prononcés, peut toujours attaquer, comme contractées en fraude de ses droits dans la communauté, les obligations en vertu desquelles ces condamnations ont été obtenues. — (Cass., 26 juin 1866, S. 66. 1. 334, P. 66. 900, D. P. 66. 1. 448. — Rennes, 3 juill. 1841, P. 41. 2.)

Une doctrine que nous avons combattue au numéro précédent va même jusqu'à enseigner que les juges peuvent décider que les biens de la femme ou de la communauté seront administrés par un tiers pendant l'instance en séparation, lorsque cette mesure leur paraît nécessaire pour assurer le paiement des provisions *ad litem*

et alimentaires qui lui ont été accordées. (C. civ., art. 1961.)— (Douai, 6 avr. 1853, S. 55. 2. 714, P. 55. 2. 71. — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 351 ; Chauveau sur Carré, n. 2976 ; Massol, p. 164 ; Demolombe, t. 4, n. 465; Aubry et Rau, t. 5, p. 197, § 493 ; Laurent, t. 3, n. 268.)

836. Nous croyons que c'est aller trop loin dans les conséquences et que les termes de l'article 271, comme ceux de l'article 270, doivent être entendus d'une façon plus restrictive. — (*V.* dans ce dernier sens, Amiens, 4 prair. an XII, S. et P. chr. — Colmar, 26 févr. 1808, S. et P. chr., D. P. 11. 944.)

En tous cas, l'arrêt de Douai du 6 août 1853 cité au numéro précédent admet un tempérament d'après lequel les juges doivent enjoindre au tiers administrateur de remettre au mari la portion des revenus qui excède les provisions et les dépens de l'instance. — (Douai, 6 août 1853, S. 55. 2. 714, P. 55. 2. 71.) — Mais il nous paraitrait aussi exagéré et contraire à l'esprit de l'article 271 de donner en pareil cas à la femme l'administration provisoire de ses biens, comme l'a fait un arrêt déjà ancien. — (Liège, 20 févr. 1806, S. chr.)

837. Au surplus, on ne saurait considérer l'article 271 comme une restriction au principe de l'action paulienne ; la femme pourra toujours, comme créancière de son mari, invoquer l'article 1167. On doit même dire que l'article 271 n'est qu'une application de ce texte. — (Cass. belge, 7 janv. 1860, *Pasicrisie belge*, 60. 1. 38, *Belgique judiciaire*, 60. 210. — Trib. Bruxelles, 27 nov. 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 329. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 252. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. 5, n. 204, § 494. — Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 271, p. 16 et suiv.)

De ce que l'application de l'article 271 ne fait pas obstacle à l'application du principe général de l'article 1167, il en résulte qu'il n'y a pas à distinguer, comme nous l'avons fait pour l'article 270, entre le cas où les actes passés par le mari au détriment de la communauté sont antérieurs ou postérieurs à l'introduction de l'instance.

On devra donc décider que la vente des biens de la communauté, bien qu'elle ait eu lieu avant le délai fixé par l'article 271, c'est-à-dire avant que l'action en divorce ou en séparation de corps fût introduite, peut être attaquée comme frauduleuse par la femme. — (Bruxelles, 9 avr. 1851, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 42, *Belgique judiciaire*, 51. 646. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 253.) — ...Et, d'après les mêmes principes, la femme commune en biens assignée en mainlevée d'opposition est recevable à soutenir que la cession d'une créance mobilière faite par son mari, même avant l'ordonnance mentionnée à l'article 238 du Code civil, est simulée et frauduleuse. — (Cass. belge, 7 janv. 1860, *Pasicrisie belge*, 60. 1. 38, *Belgique judiciaire*, 60. 210. — *Contrà*, Bruxelles, 16 févr. 1856, *Belgique judiciaire*, 56. 277.) — Mais il va sans dire que pour que l'article 271 soit applicable, il faut que l'action en divorce ou en séparation de corps ne soit pas éteinte. Dans le cas contraire, la femme ne serait pas recevable à attaquer les actes d'administration du mari. Elle alléguerait en vain qu'un immeuble commun a été vendu en fraude de ses droits au cours d'une action en divorce, si cette action se trouve éteinte par la réconciliation. — (Trib. Bruxelles, 27 nov. 1872, *Pasicrisie belge*, 72. 3. 329.)

838. L'article 271 apporte cependant à l'article 1167 une dérogation. C'est ainsi que, contrairement à ce qui a lieu dans l'hypothèse de l'article 1167, on ne doit pas, pour l'application de l'article 271, distinguer si les aliénations faites par le mari des biens de la communauté sont à titre onéreux ou à titre gratuit (C. comm., 446), mobilières ou immobilières (art. 1422). — (Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contrà*, Demolombe, t. 4, n. 462; Laurent, t. 3, n. 253.)

839. Nous avons vu, en nous occupant de l'article 270 *suprà*, que ce texte ne contenait pas sa propre sanction; il paraît être dans l'intention du législateur d'y appliquer celle de l'article 271, c'est-à-dire la nullité. C'est en ce sens qu'il a été jugé que, bien que la lettre de cette dispo-

sition ne s'applique qu'aux immeubles, il est conforme à l'esprit de la loi de l'étendre aux meubles. — (Bruxelles, 9 août 1818, *Pasicrisie belge*, 18. 73. — Trib. Bruxelles, 23 janv. 1856, *Belgique judiciaire*, 56. 188. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 204, § 494 ; Laurent, t. 6, n. 253, *in fine*.)

§ IX. — Des nullités.

840. Nous avons déjà eu l'occasion, au cours de ce travail, d'indiquer les cas où l'accomplissement des formalités prescrites pour la procédure en divorce ou en séparation de corps pouvait entraîner la nullité ; il nous suffira donc ici de les rappeler d'une manière générale, c'est-à-dire de répondre à ces deux questions :

1° Quand y a-t-il nullité ?

2° Comment et par qui peut-elle être invoquée ?

1° Quand y a-t-il nullité ?

841. La loi n'a, dans aucun texte, indiqué la nullité comme sanction de l'accomplissement des formalités prescrites, la seule nullité qui soit spécifiée en cette matière est, comme nous venons de le voir, celle de l'article 271. Encore ne se rapporte-t-elle pas à la procédure proprement dite, mais seulement aux mesures provisoires pendant l'instance.

Dans le silence de la loi, nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer ici la distinction généralement adoptée dans la procédure de droit commun entre les formalités substantielles et celles qui n'ont point ce caractère. La violation des premières seulement entraîne la nullité de la procédure.

On devrait, par exemple, considérer comme nulle la procédure en divorce qui n'aurait pas été précédée du préliminaire de conciliation devant le président. Mais s'il ne s'agissait que de l'inaccomplissement de l'une des forma-

lités de ce préliminaire, l'ensemble de la procédure n'en serait pas moins valable, et la nullité ne pourrait être attachée dans quelques cas spéciaux à l'acte lui-même.

2° Comment et par qui la nullité peut-elle être invoquée ?

842. Nous avons vu chaque fois que nous avons eu précédemment à examiner la validité de la procédure en divorce à chacune de ses phases que lorsque la nullité était invoquée, c'était soit au moyen de l'appel, soit au moyen de la cassation. Nous ne reviendrons pas à cet égard sur les discussions qui se sont élevées à propos des jugements préparatoires ou interlocutoires. (V. *suprà*, n. 498, 513, 622, 629.)

Quant aux personnes qui peuvent opposer la nullité, ce sont évidemment les mêmes qui peuvent introduire l'instance, c'est-à-dire les époux.

Ici on doit ajouter, dans certains cas, le ministère public, lorsque la formalité omise est d'ordre public.

843. Quant à ce qui concerne spécialement la nullité de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, elle peut être demandée par voie d'action nouvelle lorsqu'il s'agit, par exemple, de l'incompétence de cet officier. Mais lorsqu'il s'agira d'une nullité spéciale à l'acte de l'état civil en lui-même, nous croyons qu'on devra suivre la procédure particulière aux actes de l'état civil, soit quant à la nullité elle-même, soit quant aux simples rectifications.

CHAPITRE III

DES EFFETS DU DIVORCE

---

844. Les effets du divorce et de la séparation de corps sont nécessairement différents, puisque le divorce seul entraîne la dissolution du mariage.

Mais quelles que soient les conséquences de cette différence fondamentale entre ces deux institutions, les effets du divorce et de la séparation de corps peuvent se ramener les uns et les autres à deux grandes catégories de faits juridiques que nous classerons de la manière suivante :

D'abord les effets quant aux personnes, que nous étudierons dans la personne des époux et dans celles des enfants ;

Puis les effets quant aux biens, qui varient suivant que les époux ont adopté dans leur contrat de mariage le régime de la communauté ou bien, au contraire, un régime exclusif de communauté.

SECTION I

Effets du divorce et de la séparation de corps quant aux personnes.

---

§ Ier — Effets du divorce et de la séparation de corps, en ce qui concerne les époux.

845. Le premier effet du divorce, c'est la dissolution du lien conjugal. Les époux deviennent étrangers l'un à l'autre. Cette situation entraîne, au point de vue des secondes noces, certaines conséquences qui sont réglées par les articles 295 et suivants. En ce qui concerne spécialement l'article 295, l'ancien texte du Code civil portait :

« Les époux qui divorceront, pour quelque cause que ce soit, ne pourront plus se réunir. »

La Chambre des députés, après de longs débats, avait déjà substitué à ce texte le suivant :

Art. 295. — « Les époux qui divorceront, pour quelque cause que ce soit, ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera toujours nécessaire.

« Les époux ne pourront adopter d'autres conventions matrimoniales que celles qui réglaient antérieurement leur union.

« Après réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande en divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine infamante prononcée contre l'un des deux depuis leur réunion. »

846. Les débats qui se sont élevés dans nos assemblées législatives sur la rédaction de cet article élucident d'avance certaines questions délicates qui pourraient se poser dans la pratique.

La plus importante de toutes est sans contredit celle de savoir si la femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari.

Le texte que nous rapportons au numéro précédent venait d'être adopté sans discussion par la Chambre des députés, quand M. de la Rochefoucauld-Bisaccia demanda que dans l'intervalle des deux délibérations la Commission examinât la question de savoir si on ne pourrait pas introduiré dans le texte de l'article 295 une disposition interdisant à la femme divorcée de porter le nom du mari (séance du 8 juin 1882, *Journal officiel* du 9). Cette proposition fut repoussée par la Commission par les motifs suivants :

« La femme ne perd jamais son nom de famille, même en état de mariage. L'usage et l'idée que nous attachons au lien conjugal s'accordent pour que la femme mariée porte le nom du mari ; mais, lorsque le mariage est dissous, il va de soi que la femme reprend le sien propre, et cette conséquence est telle que le mari divorcé pourrait, par autorité de justice, s'opposer à ce que la personne à qui il avait été uni continuât à porter et à prendre son nom après que le mariage a été dissous. » — (De Marcère, *Rapport supplémentaire à la Chambre*, p. 10.)

847. Mais M. de la Rochefoucauld ne se tint pas pour battu ; à la séance du 15 juin, il proposa l'amendement suivant :

« Mettre en tête de l'article 295 un paragraphe ainsi conçu : La femme divorcée ne pourra, à dater de la prononciation du divorce dans les formes prescrites par l'article 294, porter le nom de son mari. »

848. M. Léon Renault, dans la même séance, combattit cet amendement de la manière suivante :

« Je prie la Chambre de ne pas insérer dans le Code la disposition qui est proposée par M. de la Rochefoucauld.

Ce n'est que je ne sois complètement d'accord avec le rapport de la Commission, mais c'est précisément parce que ce rapport me paraît exprimer l'évidence que je vous demande d'écarter cette rédaction. Lorsque le divorce est prononcé, tous les effets du mariage disparaissent ; dorénavant aucun lien n'existe plus entre l'homme et la femme.

» Par conséquent, le lien du nom périt avec tous les autres. Il ne périt ni plus ni moins, et, entre toutes ces destructions que le divorce entraîne, je me demande pourquoi on ferait un choix, pourquoi on en indiquerait une dans la loi en se taisant sur les autres. Il y aurait là une contradiction ; et comme il ne peut pas y avoir de doute sur ce point, comme l'anéantissement du mariage est l'anéantissement de tout ce qui a fait quelque chose de commun entre l'homme et la femme, je prie la Chambre, s'attachant purement et simplement aux règles générales, aux principes qui sont indiscutables, de vouloir bien ne pas prendre l'amendement en considération. » — (Séance du 15 juin 1882, *Journal officiel* du 16.)

849. La discussion aurait pu se terminer là, sans un incident dont nous allons parler, et qui était de nature à jeter un doute dans l'esprit des futurs interprètes de la loi sur l'intention du législateur. Cet incident fut soulevé par M. Bovier-Lapierre, qui soutint la thèse que la femme divorcée pouvait encore porter le nom de son mari. Voici ses principaux arguments :

« Je crois, disait l'orateur, que la question est mal posée, et voici, Messieurs, comme je la comprends.

» Quelle est la situation qui donne à la femme le droit de porter le nom de son mari ? C'est la situation qui résulte du mariage.

» Lorsqu'une jeune fille se marie, elle reçoit, Messieurs, en vertu du mariage, le nom de son mari. Maintenant, supposons que le mariage est dissous par le divorce ; est-ce qu'il faut, à raison de la dissolution du mariage par le divorce, dire que la femme divorcée n'aura plus le droit

de porter le nom de son mari? Je ne le pense pas, et voici pourquoi.

. . . . . .

» Voulez-vous qu'elle revienne à son nom de jeune fille? Par exemple, qu'elle s'appelle «Madame», en y joignant, par un trait d'union, le nom de sa famille? Cela n'est pas possible.

» Elle devra, selon moi, conserver le nom de l'époux divorcé jusqu'au moment où elle convolera à de secondes noces.

. . . . . .

» Vous trouvez, Messieurs, cette opinion bien extraordinaire? Voulez-vous me permettre de la justifier en peu de mots?

» Est-ce que, parce qu'il y a divorce, toutes espèces de liens et de droits dérivant de l'union première sont rompues? Est-ce que, parce qu'il y a divorce, l'obligation d'assistance ne demeure pas à la mère vis-à-vis de ses enfants? Et si cette obligation subsiste, je vous demande pourquoi vous voudriez priver les enfants du droit et de l'intérêt qu'ils ont à voir leur mère porter le nom de leur père, de celui à qui elle a été unie?

» Je comprends très bien que lorsque la femme a convolé à une seconde union, dès ce moment elle prend le nom de son second mari; mais tant qu'elle n'a pas convolé, qu'elle ne s'est pas remariée, elle doit porter le nom de son premier époux, alors même qu'il y a divorce, et surtout si elle-même a fait prononcer le divorce. » — (Séance du 15 juin, 1882, *Journal officiel* du 16.) — Toute l'argumentation se réduit à ces deux mots: il n'y a que le fait de la deuxième union de la femme qui puisse lui enlever le droit de porter le nom de son premier mari.

A la séance du 17 juin, MM. de Douville-Maillefeu et Lepère avaient proposé d'ajouter à l'article 295 un paragraphe ainsi conçu: *Lorsque le divorce est prononcé contre la femme, elle n'a pas le droit de continuer à porter le nom de son mari.* — (Séance du 17 juin 1882, *Journal officiel* du 18 juin. — V. *infrà*, n. 851.)

850. En présence d'un dissentiment sur une question aussi importante, il devenait nécessaire de prendre un parti; la commission accepta l'amendement de M. de la Rochefoucauld-Bisaccia, pour affirmer plus clairement les principes du droit en cette matière.

Dès lors, la discussion s'engagea sur l'utilité et la portée de l'amendement accepté au nom de la Commission.

Voici comment, à cet égard, s'exprimait la Commission, par l'organe de son rapporteur : « Nous ne pensions pas que la disparition du nom était une conséquence naturelle du divorce lui-même ; cependant, afin de lever toute équivoque, et de faire cesser toute interprétation divergente, nous avons consenti à ce que l'amendement de M. de la Rochefoucauld fût introduit dans la loi sous forme additionnelle. Mais nous nous en tenons là, et nous croyons rester dans les termes exacts de notre droit civil et de notre droit public. Par conséquent, nous ne pouvons accepter l'amendement de M. de Douville-Maillefeu. »—(Séance du 18 juin 1882, *Journal officiel* du 19.)

851. Voici maintenant les principales observations présentées par M. Lepère en faveur de l'amendement qu'il avait proposé conjointement avec M. de Douville-Maillefeu, et que la Commission repoussait. — (V. *suprà*, n. 849.)

« La femme, pendant que son mari se livrait à une profession en harmonie avec ses aptitudes, a voulu, de son côté, contribuer à augmenter les ressources du ménage; elle a établi un fonds de commerce sous le nom qu'elle portait, c'est-à-dire, sous le nom de son mari. Or, le jour où le divorce sera intervenu entre les deux époux, cette femme qui avait constitué ce fonds commercial sera forcée de lui enlever le nom sous lequel il est connu, l'anéantir en grande partie, du moins, et cela parce que son mari aura manqué vis-à-vis d'elle à ses devoirs d'époux, et peut-être à ses devoirs de père vis-à vis de ses enfants, dont le travail de leur mère est peut-être la seule fortune!

» Et même, dans les maisons commerciales et industrielles qui n'ont point été fondées par la femme, qui por-

tent le nom du mari, mais où la femme est venu prendre sa part de travail, combien de fois n'a-t-on pas vu, souvent par la faute du mari, par l'absence et l'abandon des habitudes laborieuses, quelquefois par son incapacité, la femme devenir l'âme même de la maison industrielle et commerciale? Et alors la prospérité de cette maison est l'œuvre de qui? De la femme. Et le nom industriel et commercial qui chaque jour devient une valeur et une source de prospérité croissante, quel est-il ? Le nom du mari, lequel n'est pour rien dans le développement de ce commerce et de cette industrie ni dans la fortune de ce nom.

» Eh bien, le jour où l'union est rompue par le divorce prononcé au profit de la femme, qui prendra la direction de la maison industrielle et commerciale?

» Mari, femme, enfants, tous seront intéressés sans doute à ce que, dans la liquidation des intérêts naguère communs, la femme, dont le travail fait la fortune du ménage et crée un avenir pour les enfants, continue son œuvre de femme intelligente et de mère vaillante et dévouée ?

» Comment le fera-t-elle et quelle perte soudaine pour elle et ses enfants, s'il lui est interdit de laisser à cette industrie, à ce commerce, le nom qui, grâce à elle, en est la fortune ? »

..... « A Paris comme en province, là ou le commerce s'exerce avec quelque développement, le nom est d'une grande importance, et la preuve, c'est que la plupart des établissements de Paris tirent la plus grande partie de leur valeur commerciale du nom qu'ils portent sur leur enseigne, du nom de leur fondateur, quoiqu'ils soient le plus souvent gérés par des successeurs. Vous voyez donc bien, Messieurs, qu'un intérêt matériel, très digne d'être pris en considération, peut s'attacher pour la femme à conserver après le divorce le nom de son mari.

» Que cet intérêt vous touche peu quand il s'agit de la femme contre laquelle le divorce a été prononcé, je le comprends et je m'associe à cet égard à votre sentiment.

Mais quand il s'agit de la femme irréprochable qui a dignement porté ce nom, qui n'est pas seulement celui du mari mais celui des enfants, comme lorsqu'il s'agit de cette mère qui a la garde des enfants, l'interdiction absolue qu'on propose et qui peut la léser, comme aussi léser les enfants dans leurs intérêts les plus légitimes, ne me paraît pas justifiable; je vous demande de traiter la femme divorcée par la faute du mari autrement que celle dont l'union a été rompue par ses propres fautes. » — (Séance du 17 juin 1882, *Journal officiel* du 18.)

852. La Chambre ne se rendit ni aux arguments de la Commission ni à ceux de M. Lepère, et l'amendement de ce dernier fut rejeté en même temps que celui de M. Larochefoucauld que la Commission avait accepté. Ce rejet fut voté sur les observations de M. Gatineau, dont le discours donne une idée complète des sentiments du législateur sur cette question.

« Ma pensée, disait cet orateur, est que le divorce doit entraîner la suppression complète de tout ce qu'il y a eu de commun entre les époux, même du nom. J'ajoute cependant qu'il faut, pour l'instant, se rapporter à la pratique, c'est-à-dire aux conséquences du divorce en ce qui touche le nom du mari. Il est très certain qu'en réalité la femme, dans le monde, dans la société, ne pourra pas s'en séparer: cela est l'évidence. Mais il n'est pas moins certain qu'elle ne pourra pas en faire usage, autrement que pour indiquer sa qualité d'épouse divorcée dans les actes authentiques.

» Si vous votiez les deux amendements qui vous sont proposés, vous créeriez, dans l'espèce qui vous a été indiquée tout à l'heure par l'honorable orateur qui m'a précédé à la tribune, une véritable difficulté, j'allais dire : dans de nombreux cas, une véritable injustice.

» Il existe un grand nombre de fonds de commerce qui portent le nom du mari et qui, en fait, ont été créés par l'intelligence et le travail de la femme; je n'ai pas besoin

de les indiquer, vous en trouverez un très grand nombre dans le commerce parisien : les modes, par exemple. Supposez que la liquidation qui suivra le divorce attribue le fonds de commerce dont le nom commercial, partie intégrante de ce fonds de commerce, est le nom du mari, supposez que ce fonds de commerce soit attribué à la femme pour la couvrir de ses reprises : il faudra donc qu'elle supprime ce nom ?

» Mais avec votre loi, qui n'a aucune distinction, qui, je le reconnais, ne pouvait en faire aucune, le nom sera supprimé et le fonds de commerce, dont la valeur pouvait être considérable, et qui aura été attribué à la femme, le jour où il n'aura plus le nom du mari pour enseigne, perdra une grande partie de sa valeur.

» Supposez que vous ne votiez pas l'amendement, vous resterez dans ce que j'appellerai la nature même des choses. La femme garde son nom dans la société, que toutes vos lois ne l'empêcheront pas de garder ; elle ne pourra pas s'en servir dans les actes authentiques, qu'elle le veuille ou qu'elle ne le veuille pas ; parce que si elle se servait de ce nom dans des actes authentiques, cela pourrait être considéré comme une manœuvre frauduleuse, et engagerait gravement sa responsabilité ; les notaires, d'ailleurs, y veilleront. En ce qui touche la raison commerciale des fonds de commerce, le nom subsistera, quand le juge, déterminé par les circonstances, n'aura pas décidé le contraire. Par les amendements, vous lui ôtez cette discrétion qui est dans ses attributions ; par ces amendements, introduits trop incidemment dans la loi sur le divorce, vous créez la matière des noms propres qui n'a été réglée par aucune loi complète. Si vous faites une loi sur cette matière des noms propres, je crois qu'il faudra s'en occuper tout aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue commercial, et vous aurez alors à traiter la question qui nous occupe aujourd'hui, vous aurez à vous préoccuper des intérêts en présence, et la loi future veillera à ne produire aucun des effets fâcheux qui seraient à redouter aujourd'hui dans la situation particulière que j'ai eu l'hon-

neur de vous indiquer. » — (Séance du 17 juin 1882, *Journal officiel* du 18.)

853. A la suite de ces observations, l'amendement de M. Larochefoucauld ayant été rejeté et celui de M. Lepère ayant été retiré, la Chambre vota le texte que nous avons rapporté *suprà*, n. 845.

Ce texte ne fut pas adopté par la Commission du Sénat, après des débats contradictoires entre MM. de Pressensé, Baragnon et Wallon; la commission présenta une nouvelle rédaction qui fut définitivement adoptée.

Art. 295. — « Les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire.

« Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.

« Après la réunion des époux, il ne sera reçu, de leur part, aucune nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion. »

Tel est le texte de l'article 295 actuellement en vigueur.

854. Voici ce qu'en disait au Sénat le rapporteur, au nom de la Commission :

« L'article 295, adopté en première délibération, avait l'inconvénient de paraître permettre à des époux divorcés d'un premier mariage, suivi d'un nouveau mariage dissous par un second divorce, de se remarier ensemble.

» Cette cascade de divorce en divorce, pour revenir à la première union, avait des inconvénients à tous les points de vue.

» L'honorable M. Naquet l'avait reconnu avec nous et avait proposé une formule qui ne rendait pas heureusement son idée. Nous lui avons substitué la formule sui-

vante qui paraît rendre d'une façon exacte la pensée du Sénat :

« Les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un » ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un » nouveau mariage suivi d'un second divorce. »

« Ainsi, Messieurs, ce fait d'avoir rompu le second mariage par un divorce, après avoir divorcé une première fois, impliquera l'impossibilité pour les époux de contracter ensemble une nouvelle union.

» Sur l'article 295, il me reste une seconde observation à vous présenter. A notre demande, vous avez renvoyé le second paragraphe de cet article. Là, encore, nous étions d'accord sur le principe. Notre rédaction première était ainsi conçue :

« Les époux ne pourront adopter de conventions matri- » moniales autres que celles qui réglaient originairement » leur union. »

« On a fait remarquer, avec raison, qu'il pourrait être impossible de faire revivre les mêmes conventions matrimoniales, parce que les conditions dans lesquelles la nouvelle union était contractée pouvaient être entièrement différentes. La dot pouvait avoir disparu ; l'existence d'enfants pouvait mettre obstacle à certaines dispositions. Ayant égard à ces observations, nous avons substitué à cette disposition la suivante :

« Les époux ne pourront adopter un régime matri- » monial autre que celui qui réglait originairement leur » union. »

« Je n'ai pas, Messieurs, à vous rappeler la raison de cette disposition ; elle a pour objet d'éviter que les époux n'aient recours au divorce afin de changer les stipulations de leur contrat de mariage, ce qui pourrait avoir des inconvénients graves soit au point de vue de l'intérêt d'un des époux, soit au point de vue de l'intérêt de tiers. » — (Sénat, 24 juin 1884, *Journal officiel* du 25.)

855. Voici maintenant comment M. Letellier appréciait

ces modifications dans son rapport à la Chambre des députés, quand la loi revint du Sénat :

« Vous aviez trouvé qu'il était excessif, alors que nous ne voulions plus de l'indissolubilité absolue du mariage, de prononcer l'irrévocabilité du divorce. Vous n'aviez pas cru, bien au contraire, que la société fût intéressée à empêcher les réunions, malheureusement trop rares, des époux divorcés, et, sauf à éviter par des dispositions précises qu'on ne se servît du divorce comme d'un moyen de changer les conventions matrimoniales, vous aviez permis aux époux divorcés de se réunir si aucun d'eux depuis le divorce n'avait contracté de nouveau mariage. Mais, si l'un d'eux avait convolé en secondes noces et que le nouveau mariage eût été dissous, vous aviez pensé qu'il y avait du chef de ce second mariage une rupture si complète, si absolue de l'ancienne union, qu'il ne vous avait pas paru possible, dans ce cas, de permettre le retour à cette union première. En vous écartant ainsi du Code, vous aviez non seulement satisfait à ce qui vous semblait être l'intérêt social, mais vous aviez donné également satisfaction aux catholiques, qui, par la bouche d'un éloquent orateur de la chaire chrétienne, et au nom de la réconciliation que leur religion ordonne et que la loi ne saurait rendre impossible sans les atteindre dans leur foi, demandaient la suppression de l'interdiction édictée en l'article 295.

» Le Sénat a fait un pas de plus dans la voie où vous étiez entrés. Il a voulu permettre aux époux divorcés de se réunir même au cas où, après le divorce, l'un d'eux, ou tous les deux, auraient contracté un second mariage, pourvu que celui-ci ait été dissous autrement que par le divorce. Nous estimons que le Sénat a sagement agi et nous vous engageons à le suivre. »

856. Il est bien entendu qu'après comme avant les modifications apportées par le nouveau législateur à l'article 295, la cohabitation ultérieure à la prononciation du divorce ne peut faire revivre le mariage; il n'en est pas ici

comme en cas de séparation de corps. — (Paris, 16 avr. 1809, P. chr.)

857 L'article 295 ne s'applique pas à la séparation de corps.

858. Quant à l'article 296, l'ancien texte du Code civil portait : « Dans le cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après le divorce prononcé. » La mention pour cause déterminée étant devenue inutile par suite de la suppression du divorce par consentement mutuel, le nouveau texte adopté par le Sénat et la Chambre des députés porte simplement:

Art. 296. — « La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera définitif. »

Puisque le divorce, comme la mort naturelle, dissout le mariage, il fallait au titre du divorce insérer une disposition analogue à celle de l'article 228, afin de laisser entre les deux mariages l'intervalle nécessaire pour éviter la confusion de part.

859. Quant à la nature de l'empêchement qui résulte de l'article 296, elle est identique à celle qui résulte de l'empêchement de l'article 228 dans le cas de la mort naturelle, la jurisprudence est la même.

Il en résulte que l'article 296 serait applicable même à la femme accouchée le lendemain du divorce (Comp. Laurent, t. 2, n. 363, et t. 3, n. 290; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 228, n. 1 et suiv.)... et que l'empêchement de l'article 296 est, comme celui de l'article 228, simplement prohibitif; et si, nonobstant la défense de cet article, une femme a convolé à de secondes noces avant les dix mois, son deuxième mariage ne doit pas par cela seul être déclaré nul. — (Comp. Cass., 29 oct. 1811, S. et P. chr., D. A. 10. 160. — *Sic*, Locré, t. 2, p. 379; Merlin, *Rép.*, v° *Noces* [*secondes*], § 2, n. 1 ; Toullier, t. 1, n. 651, et t. 2, n. 664; Duranton, t. 2, n. 176; Vazeille, t. 1, n. 98 et 100 ; Pez-

zani, n. 542; Zachariæ, t. 3, § 463, note 5; Aubry et Rau, t. 5, p. 81, § 463, note 5; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 405; Marcadé, sur l'art. 228, n. 1; Demolombe, t. 3, n. 337; Laurent, t. 2, n. 484; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, n. 634; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 223, n. 4. — *Contrà*, Delvincourt, t. 1, p. 125; Proudhon, t. 1, p. 231.)

860. La prohibition s'étend aussi à la femme dont le premier mariage a été déclaré nul. Il a été jugé à cet égard que la femme, dans ce cas, ne peut se remarier dans les dix mois qui suivent le jour où la nullité de son union a été prononcée. Il en est de ce cas comme de celui où le mariage se trouve dissous par décès. — (Trèves, 30 avr. 1806, S. et P. chr., D. A. 10. 160, D. *Rép.*, v° *Mariage*, n. 918. — Toullier, t. 2, n. 663; Pezzani, n. 554; Demolombe t. 3, n. 124; Duranton, t. 2, n. 175, note 1; Vazeille, t. 1, n. 102; Zachariæ, t. 3, p. 273; Marcadé, t. 1, sur l'art 228. — *Contrà*, Laurent, t. 2, n. 364.) — Rappelons enfin qu'avant le rétablissement du divorce en France, la femme étrangère divorcée d'après la loi de son pays ne pouvait contracter un autre mariage en France qu'après dix mois révolus depuis son divorce, alors même que la loi étrangère lui permettait de se remarier aussitôt après : l'article 228, Code civil, qui interdit à la femme de contracter un second mariage dans les dix mois de la dissolution du premier, édicte une prohibition d'ordre public qui ne peut fléchir devant un statut personnel étranger. — (Paris, 13 févr. 1872, S. 73. 2. 112, P. 73. 473, D. P. 73. 2. 160.)

Nous partageons sans réserves l'opinion de cet arrêt dont il faudrait lire en entier les motifs; telle n'est pas toutefois la doctrine soutenue par M. Laurent dans son *Droit international privé*, t. 5, n. 272. Cet auteur enseigne que les articles 228 et 229 sont d'un caractère essentiellement privé, et qu'en outre il s'agit dans l'espèce d'une simple question de capacité rentrant absolument dans le statut personnel de la femme.

861. A côté de ceux des empêchements au mariage que la nature même autant que les principes du droit civil commandaient au législateur d'introduire dans la loi du divorce, il en est d'autres relevant simplement de la morale, dont l'utilité pratique pouvait être contestée, mais qu'il était bon cependant de ne pas oublier; nous voulons parler de l'empêchement au mariage édicté par l'article 298.

L'ancien texte de cet article portait :

ART. 298. — « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. »

Le nouveau texte porte simplement :

ART. 298. — « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. »

Cette disposition dans le premier projet présenté à la Chambre des députés était ainsi conçue : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se remarier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur réquisitoire du ministère public, à l'emprisonnement pour un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années, l'article 463 du Code pénal est applicable. »

Cette disposition, peu en harmonie avec l'esprit d'égalité que nos législateurs actuels ont mis dans la confection de la loi sur le divorce, fut l'objet de vives critiques, au point de vue de la pénalité qu'elle édictait, mais la discussion ne porta pas seulement sur cette partie du projet. L'interdiction pour la femme adultère d'épouser son complice a été vivement attaquée par M. Jolibois, lors de la première délibération à la Chambre des députés, et la

Chambre des députés comme la Commission elle-même se rendit aux raisons exposés par l'orateur. Deux autres amendements furent proposés, l'un par M. Maret et l'autre par M. Lockroy, lors de la seconde délibération ; ces deux amendements qui furent votés proposaient l'abrogation de l'article 298 et de l'article 308.

862. La Commission du Sénat reprit simplement le texte du Code civil avec une très légère modification. Au point de vue de la pénalité encourue par la femme adultère, au lieu de maintenir la disposition impérative de l'ancien texte et du projet primitivement présenté à la Chambre des députés, la Commission du Sénat la rendit facultative par la substitution du mot *pourra* être condamné au mot *sera* condamné. En première délibération cette modification fut adoptée par le Sénat. — (Séance du 7 juin 1884, *Journal officiel* du 8.)

863. Lors de la deuxième délibération au Sénat, M. Demôle proposa purement et simplement la suppression de la disposition finale de l'article 298 sur la condamnation éventuelle de la femme contre laquelle serait prononcé le divorce pour cause d'adultère.

« Le législateur de 1803, disait cet orateur, avait bien vu cette lacune, et il est loin de ma pensée de dire que les jurisconsultes éminents qui ont pris part à la confection du Code civil ne se rendaient pas compte du résultat auquel ils arrivaient. Mais ils allaient au plus pressé. Au moment où ils légiféraient, l'adultère était alors légitime, licite, autorisé par la loi; enfin ce n'était point un délit, la loi ne considérait pas l'adultère du mari ou de la femme comme un délit susceptible d'être déféré à la juridiction correctionnelle. Et comme le Code pénal n'est venu que sept ans plus tard, 1810, il y avait là une lacune à combler.

» Le législateur de 1803, je le répète, est allé au plus pressé. Il a édicté non pas contre les deux époux coupables, mais contre la femme seulement, l'obligation, que

la Commission vous propose de transformer en une faculté, de condamner la femme, à l'égard de laquelle le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, à la peine de la réclusion, de trois mois au minimum, et de deux ans au plus.

» Vous n'êtes pas dans cette situation aujourd'hui. Vous ne pouvez pas, il me semble, consacrer une pareille disposition qui implique une contradiction flagrante avec la règle fondamentale, tracée par la loi, en matière criminelle; donc, au point de vue de la liberté de défense de la femme et de l'observation des règles du droit criminel, en matière d'instruction, la seconde partie de l'article 298 doit être abandonnée.

» Il faut aussi l'abandonner dans un intérêt de justice. L'adultère constaté à la charge de la femme entraîne contre elle la peine que je me permettrai de trouver draconienne, mais qui se trouve consacrée par la loi actuelle, à laquelle nous ne touchons pas, de trois mois de prison au minimum, et de deux années au maximum. Je dis que cette peine est draconienne au regard surtout de la disposition corollaire qui intervient à l'encontre du mari et qui permet, lorsque l'adultère est constaté, de ne le condamner qu'à une amende de 100 fr. à 2,000 fr.; et encore faut-il, aux termes du Code pénal, que vous ne changez pas, que l'adultère ait été commis dans la maison commune. Eh bien, quand c'est la femme qui est demanderesse en divorce devant le tribunal civil, que le mari est convaincu de ce délit particulier d'adultère, et lorsque l'adultère se double de cette circonstance que la concubine a été introduite et entretenue dans le domicile commun, il semblerait tout au moins logique, si vous voulez maintenir le deuxième paragraphe de l'article 298, de faire cette addition : que le tribunal aurait l'obligation ou la faculté, suivant que vous vous rallierez au système du Code civil ou à celui de la Commission, de prononcer contre lui non pas l'emprisonnement, puisque cela est impossible, mais tout au moins l'amende de 100 fr. » — (Sénat, 23 juin 1884, *Journal officiel* du 24.)

864. Le Sénat supprima la deuxième partie de l'article 298, de sorte qu'il ne nous reste plus de ce texte que la prohibition pour les complices d'adultère de se marier ensemble.

Quand le projet revint à la Chambre après l'adoption du Sénat, voici dans quels termes il fut apprécié par M. Le Tellier dans son rapport à la Chambre : « Vous n'aviez pas voulu faire prononcer une condamnation contre la femme adultère par les tribunaux civils, et rendre cette condamnation obligatoire sur la réquisition du ministère public, alors qu'au point de vue pénal l'adultère de la femme ne peut être poursuivi qu'à la requête du mari.

» Vous aviez également considéré la disposition qui s'oppose, après un divorce prononcé pour cause d'adultère, au mariage de l'époux coupable avec son complice, comme n'étant propre qu'à maintenir des situations immorales que la nouvelle loi doit se proposer de faire cesser. Vous n'aviez pas cru que la faculté d'épouser son complice pût jamais sérieusement devenir une incitation à commettre l'adultère. Vous vous étiez même demandé si, bien souvent, cette faculté ne serait pas plutôt un obstacle qu'une facilité donnée aux amours adultérines, et vous aviez fait disparaître l'interdiction.

» Le Sénat a, comme vous, supprimé le deuxième alinéa de l'article 298... Pas plus que vous il n'a voulu d'une condamnation, et d'une condamnation obligatoire prononcée par le tribunal civil contre la femme adultère ; mais il a maintenu le premier alinéa de l'article 298, portant interdiction à l'épouse adultère d'épouser son complice.

» Votre Commission n'a pas modifié sur ce point son ancienne manière de voir. Mais elle reconnaît que, dans cette enceinte même, de très bons esprits avaient éprouvé des craintes qui se sont fait jour au Sénat, et elle ne croit pas devoir refuser à l'autre assemblée une garantie qui, à ses propres yeux, n'apparaît pas comme utile, mais que croient indispensables des partisans cependant très sincères et très résolus du divorce. »

865. Le nouvel article 298 se réduit donc aujourd'hui à la prohibition du mariage entre l'épouse coupable d'adultère et son complice.

L'article 298, tel qu'il est, peut soulever dans la pratique de graves difficultés. Les jugements qui interviennent généralement dans des causes de séparation fondées sur l'adultère de la femme ne contiennent point le nom du complice; les juges évitent avec raison d'ajouter au scandale de ces sortes d'affaires, en donnant une sorte de constatation officielle aux faits déjà trop connus du public. — Si les mêmes errements sont suivis en matière de divorce, l'article 298 ne trouvera que très rarement son application, dans le cas seulement où l'affaire sera venue devant la juridiction répressive.

866. Il est bien entendu toutefois que si le jugement ordonnant le divorce nomme néanmoins le complice, ne serait-ce que dans ses motifs, un tel jugement serait un titre suffisant pour justifier la résistance d'un officier de l'état civil au mariage que la femme divorcée voudrait contracter avec son complice. — (Bruxelles, 19 juin 1861, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 250.)

867. Mais quel est le caractère de l'empêchement édicté par l'article 298? Est-il dirimant ou simplement prohibitif? Nous pensons que la seconde solution doit être préférée. — (*Sic.* Trib. Anvers, 29 avr. 1864, D. P. 64. 3. 45, *Belgique judiciaire*, 64. 556, *Jurisprudence des tribunaux de première instance de Belgique*, par Cloës et Bonjean, 64. 65. 219. — Bruxelles, 14 mars 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 103, *Belgique judiciaire*, 65. 465. — Trib. Bruxelles, 15 juin 1864, *Belgique judiciaire*, 65. 1249.)

Il en résulte que le ministère public ne pourrait pas attaquer le mariage contracté en contravention de l'article 298. Cette solution nous paraît la plus juridique. En effet, après avoir posé, dans les chapitres I et II du livre Ier du Code civil, les principes, les conditions et les formalités à suivre en matière de mariage, le législateur a

fait des demandes en nullité de mariage la matière d'un chapitre tout spécial, le IVe du titre du mariage même; en agissant ainsi, il a manifesté clairement l'intention de rassembler dans ce chapitre tout ce qui se rapporte aux nullités par lesquelles un mariage peut être attaqué, et aux parties qui ont qualité pour les faire valoir. Les seules nullités sur lesquelles puisse se baser le ministère public pour attaquer un mariage sont celles qui sont d'ordre public; elles sont énoncées dans les articles 184 et 191 du Code civil. Or, parmi ces nullités limitativement désignées ne se trouve pas celle de l'article 298. — (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Nullité*, § 1, n. 7.)

868. Si déplorable, d'un autre côté, que puisse paraitre aux yeux de la morale publique l'existence d'un mariage contracté à la suite de relations dont l'adultère était le seul but, le législateur n'a donné à personne le droit d'en poursuivre la nullité, et ce serait, comme le dit Merlin (*Quest.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 2) « une doctrine bien alarmante que celle qui permettrait d'aller puiser des moyens de nullité contre le mariage hors du titre du mariage; une pareille excursion est impossible, elle est en contradiction avec les principes les plus élémentaires. » — D'ailleurs, en attachant la peine de nullité aux empêchements dirimants signalés dans les articles 184 et 191 du Code civil, et en ne donnant action au ministère public que dans ces cas spécialement déterminés, le législateur a pensé qu'il suffisait, pour faire respecter les empêchements prohibitifs, de s'en rapporter aux lumières et au zèle des officiers de l'état civil, et surtout à la vigilance et à la surveillance active des magistrats du parquet, de leur signaler ces empêchements, et que s'il arrivait que cette surveillance fût trompée, il y avait moins d'inconvénient à laisser subsister un mariage frappé d'un empêchement prohibitif qu'à en faire prononcer la nullité ; il y a lieu, dans ce cas, à l'application du principe : *Multa fieri in jure prohibentur quæ, si facta fuerint, tenent.*

Cette intention du législateur résulte clairement des paroles de Portalis, qui, après avoir rappelé que le ministère public peut s'élever d'office contre un mariage infecté de quelqu'une des nullités qu'on a énoncées comme appartenant au droit public, disait: « Mais gardons-nous de donner à cette censure, confiée au ministère public pour l'intérêt des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive et qui la ferait dégénérer en inquisition. Le ministère public ne doit se montrer que quand le vice du mariage est notoire, quand il est subsistant, ou quand une longue possession n'a pas mis les époux à l'abri des recherches directes du magistrat. Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même. »

869. L'intention du législateur résulte encore tout aussi clairement du rapport fait au Tribunat par Gillet, le 17 ventôse an XI, et ainsi conçu : « C'est un désordre social sans doute que des noces ourdies en fraude des lois ; mais lorsqu'une fois elles sont subsistantes, souvent c'est un plus grand désordre encore que de les rompre. Une telle union, quelque imperfection qu'on lui suppose, a toujours pour les associés des suites ineffaçables, et souvent la naissance des enfants y ajoute des effets plus importants encore, etc. » Et plus loin, résumant l'esprit et l'économie des dispositions spéciales en matière de nullités de mariage, il ajoute : « Les pensées qui dominent sont : 1° qu'il n'y a pas de nullités irréparables absolument, hormis celles où le mariage devient un crime, comme dans les cas d'inceste ou de bigamie ; 2° que l'attaque en nullité ne puisse pas être également dirigée, ni en tout état de choses ni par tous ; mais qu'elle soit proportionnée, sous les restrictions les plus exactes, à l'importance des droits qui ont été violés, à la nature de l'infraction, aux temps et aux circonstances qui ont pu la couvrir, à la protection due aux intérêts qui la réclament. »

Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par les tra-

vaux préparatoires du Code civil. On lisait, en effet, dans le projet primitif civil présenté par le gouvernement un article, le neuvième du livre préliminaire, mis en tête du Code civil, ainsi conçu : « Les lois prohibitives emporteront nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. Mais cet article fut rejeté au Conseil d'État sur la simple observation du tribunal de cassation qu'il était inutile et dangereux. — (Fenet, t. 2, p. 419.) — Il s'ensuit qu'on ne saurait, sans méconnaître la volonté expresse du législateur et ajouter à son œuvre, admettre qu'un mariage puisse être attaqué par le ministère public pour d'autres nullités que celles limitativement énumérées au chapitre IV du Code civil dans les articles 184 et 191. — Vainement on objecterait que ce chapitre ne contient qu'une partie des cas de nullités, puisqu'il omet d'y comprendre le mariage entre personnes du même sexe, le mariage d'une personne en état de demence ou le mariage entre l'adoptant et l'adopté. Il suffirait, pour faire écarter cette argumentation, de dire qu'il s'agit dans les exemples cités d'actes frappés de nullité absolue, c'est-à-dire qui n'existent pas, qui n'ont qu'une apparence sans réalité légale qu'aucune cause postérieure, quelle qu'elle soit, ne peut valider, *quod nullum est confirmari nequit;* il est de toute impossibilité d'anéantir le néant. — (*Discussions au Conseil d'Etat,* Fenet, t. 9, p. 15 et suiv., 50. 99). — Au contraire, dans tous les cas prévus par les articles 184 et 191 du Code civil, il s'agit seulement d'actes ayant par eux-mêmes une existence réelle, mais entachés d'un vice qui les rend annulables. On pourrait peut-être répondre que bien que les actes nuls, inexistants, soient comme s'ils n'étaient pas, que ce n'est qu'une apparence de réalité, il faut néanmoins, pour faire constater cette nullité officiellement, s'adresser à la justice, absolument comme si ces actes n'étaient qu'annulables. Sans doute; mais dans le premier cas le juge ne décrète pas la nullité, il se borne à la reconnaître. Si donc la loi a élargi le cercle des attributions du ministère public, en lui donnant le droit d'agir par voie d'action pour l'exécution des lois,

dans les dispositions qui intéressent l'ordre public, elle ne contient aucune dérogation aux lois spéciales du Code civil relatives aux demandes en nullité de mariage; c'est donc aux lois spéciales seules qu'il y a lieu de recourir en cette matière, suivant la règle exprimée par Pothier: *Cum quæ leges contrariæ videntur quarum altera specialiter de casu de quod judicandum aut respondendum est, disponit, altera generaliter duntaxat disponit. prævalere debet quæ specialiter disponit.* — (Pothier, *Pandect.*, Inst. lib. I, t. 3, n. 25.)

Et l'on comprend d'autant mieux que le législateur n'ait pas entendu déroger aux dispositions limitatives des lois spéciales concernant les demandes en nullité de mariage, qu'il s'agit d'une matière qui touche à la fois aux intérêts les plus sacres de l'ordre social, et aux intérêts privés les plus graves et les plus légitimes; que c'est en vue de concilier ce double intérêt, que le législateur n'a pas voulu abandonner à l'appréciation et à la discrétion sans limite du ministère public la question si délicate et si périlleuse de décider dans quel cas il y a lieu de poursuivre d'office la nullité d'un mariage contracté malgré les prohibitions formelles de la loi.

870. Ces raisons nous paraissent absolument péremptoires; elles ont d'ailleurs été admises par un arrêt remarquablement motivé de la Cour de Bruxelles du 14 mars 1865 (*Belgique judiciaire*, 65. 465, *Pasicrisie belge*, 65. 2. 103), dont nous avons presque littéralement reproduit les considérants.

871. L'article 298 n'est pas applicable à la séparation de corps, l'empêchement qui en résulte ne s'étend point au cas de séparation, même après la mort de l'un des époux; ainsi l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée peut, après la dissolution du mariage, épouser son complice. — (Toulouse, 10 juin 1852, P. 52, 2. 14, D. P. 52. 2. 169. — *Sic*, Marcadé, t. 2, sur l'art. 298; Demolombe, t. 3, n. 126; Aubry et Rau, t. 5, p. 83, § 463;

Massé et Vergé, t. 1, p. 214, note 10. — *Contrà*, Delvincourt, t. 1, p. 132; Rodière, sous l'arrêt précité, P. 52. 2. 14.)

872. Il y a certains effets de l'affinité résultant du mariage qui subsistent même après sa dissolution par le divorce. Ainsi, aux termes de l'article 268 du Code de procédure civile, nul ne pourra être assigné comme témoin s'il est allié en ligne directe de l'une des parties, ou de son conjoint même divorcé. L'article 156 du Code d'instruction criminelle porte également que les ascendants ou descendants de la personne prévenue, ses frères et sœurs ou alliés en pareil degré, la femme ou son mari, *même après le divorce*, ne seront ni appelés ni reçus en témoignage, sans néanmoins que l'audition de ces personnes puisse opérer la nullité, lorsque, soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues. L'article 321, § 5, du même Code dispose également que les dépositions du mari et de la femme, même divorcés, ne pourront être reçues.

§ II. — Des effets du divorce en ce qui concerne la personne des enfants.

873. Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur de la République, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés soit aux soins de l'autre époux, soit d'une tierce personne. — (Art. 302.)

L'article 302 est applicable à la séparation de corps. — (Cass., 23 juin 1841, S. 41, 1. 630, P. 41. 2. 225, D. P. 41. 1. 289; 17 juin 1845, S. 45. 46. 1. 52, P. 45. 2. 140, D. P. 45. 1. 415; 22 janv. 1867, S. 67. 1. 212, P. 67. 513, D. P. 67. 1. 333. — Cass., 3 févr. 1880, sol. impl., S. 80. 1. 468, P. 80. 1167. — Cass., 29 juin 1868, sol. impl., S. 68. 1. 401, P. 68. 1081, D. P. 71. 5. 352; 2 déc. 1873,

S. 75. 1. 125, P. 75. 289; 23 févr. 1881, S. 81. 1. 309, P. 81. 756; 18 mai 1878, S. 78. 1. 193, P. 78. 497. — Bruxelles, 9 août 1834, *Pasicrisie belge*, 34. 221. — Liège, 19 févr. 1852, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 226, *Belgique judiciaire*, 52. 1272. — Trib. Huy, 11 déc. 1851, *Belgique judiciaire*, 52. 201. — Trib. Bruxelles, 19 avr. 1856, *Belgique judiciaire*, 56. 554. — Bruxelles, 10 mai 1859, *Pasicrisie belge*, 602. 411, *Belgique judiciaire*, 59. 897; 30 avr. 1862, *Pasicrisie belge*, 62. 2. 226; 24 juin 1869, *Belgique judiciaire*, 71. 506. — Gand, 19 mars 1873, *Belgique judiciaire*, 73. 1292, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 156. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 511; Massol, p. 376; Laurent, t. 3, n. 350; Valette, *Cours de Code civ.*, p. 373; Le Senne, n. 427; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 660; Aubry et Rau, t. 5, p. 201, § 494, note 18.)

874. Nous partageons entièrement cette doctrine, convaincu qu'elle est d'accord avec les principes de la matière, qui veulent que l'on consulte toujours, en pareil cas, le plus grand avantage des enfants. Nous devons reconnaître cependant que cette opinion n'est pas universellement admise. D'après une théorie qui fait, suivant nous, une fausse application des principes de la puissance paternelle, cette puissance paternelle étant d'ordre public, les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de la réglementer dans l'intérêt des enfants. Ils ne peuvent y porter atteinte que dans les cas et les limites où le permet un texte de loi. Il en résulterait que l'article 302 du Code civil ne serait pas applicable à la séparation de corps.

En conséquence, la garde de l'enfant resterait au mari après la séparation.

En tous cas et dans tous les systèmes, cette garde doit lui rester s'il obtient la séparation, lorsque ni la famille, ni le procureur de la République ne demandent que l'enfant soit confié à la mère, et si l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit confié au père. — (Trib. Louvain, 24 nov. 1877, *Belgique judiciaire*, 78. 11. — *V.* dans le même sens, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 156, note 12; Marcadé, sur

l'art. 311, n. 3; Demante, *Progr.*, t. 1, n. 287, et *Cours analyt.*, t. 2, n. 31 *bis*-II.)

875. Nous avons dit pourquoi nous ne partagions point cette doctrine. Si on la partage, il faut enseigner aussi que l'article 303 qui conserve aux époux divorcés le droit de surveillance et d'éducation, et leur impose le devoir de subvenir aux frais de cette éducation en proportion de leurs facultés, quelle que soit la personne à qui les enfants ont été confiés, ne s'applique pas non plus à la séparation de corps, car l'article 303 n'est que le corollaire de l'article 302 ; et pourtant il est dans la nature des choses de dire que si l'article 303, fait pour le cas de dissolution du mariage, s'applique à une hypothèse où les époux deviennent par le divorce absolument étrangers l'un à l'autre, il doit *à fortiori* s'appliquer au cas où le mariage n'est pas dissous.

Si l'on admet, au contraire, que l'article 302 s'applique à la séparation de corps, l'article 303, qui ne fait que le compléter, s'y appliquera logiquement, toute contradiction disparaîtra. — (Caen, 9 juin 1857, S. 57. 1200, P. 57. 1200; 13 mars 1859, S. 59. 1. 661, P. 59. 1215, D. P. 57. 1, 401. —Trib. Lyon, 10 mars 1866. D. P. 67. 3. 96.—Cass., 3 févr. 1875. S. 75, 1. 393, P. 75. 1009; 24 juill. 1878, S. 79. 1. 424, P. 79. 1093. — Gand, 19 mars 1873, et Bruxelles, 24 févr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 156. — Gand, 18 déc. 1873. *Pasicrisie belge*, 73. 2. 156, *Belgique judiciaire*, 75. 983. — *Sic*, Massol, p. 390; Demolombe, t. 4, n. 611 ; Beaudry-Lacantinerie, t. 1, n. 660; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 303, n. 1 et suiv.; Aubry et Rau, t. 5, p. 202, § 494.)

876. Du reste, les juges du fait, s'inspirant uniquement du plus grand avantage des enfants mineurs, ont un pouvoir souverain pour désigner, suivant les circonstances, la personne à laquelle il convient de confier leur garde, et régler la manière dont cette garde sera exercée. — (Caen, 2 déc. 1875, S. 75. 1. 125, P. 75. 289, D. P. 74. 1. 433.)... — Et

si le législateur a adopté la disposition de l'article 302, c'est parce que dans le doute il y a une forte présomption que l'intérêt des enfants est de se trouver réunis à l'époux à qui la justice a donné raison. Cet article est donc absolument applicable à la séparation de corps.

877. Mais on doit remarquer que le législateur attache à la présomption dont nous venons de parler une telle force que la disposition de l'article 302 est impérative et non simplement facultative, en ce sens que les juges ne peuvent s'en écarter sans une demande expresse du ministère public ou de la famille. — (Montpellier, 4 févr. 1835, S., 35. 2. 288, P. chr., D. P. 35. 2. 99. — Bruxelles, 19 mai 1859, *Pasicrisie belge*, 60. 2. 411, *Belgique judiciaire*, 59. 897, — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 294; Le Senne, *loc. cit.*)

Par le mot famille, dans le sens de l'article 302, il faut entendre ici le conseil de famille, qui seul, en effet, représente les intérêts généraux de la famille. — (Cologne, 29 mars 1843, *Belgique judiciaire*, t. 2, p. 285. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 293.)

878. Toutefois, en cas de conflit entre le principe de la puissance paternelle et les dispositions de l'article 302, la décision est abandonnée à la sagesse des tribunaux. — (Paris, 16 févr. 1829, S. et P. chr.)

879. En tous cas, si les enfants issus d'époux divorcés ne peuvent être confiés par le juge à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé que sur la demande de la famille ou du ministère public; et à cet égard, un simple avis du conseil de famille ne peut être considéré comme une demande; il faut que le conseil délègue un de ses membres pour poursuivre en justice l'exécution de la délibération. — (Bruxelles, 26 janv. 1882, *Pasicrisie belge*, 82. 2. 205.) — Mais chaque fois que cette mesure est demandée, les tribunaux peuvent, suivant les circonstances et le plus grand intérêt de l'enfant, le confier même au défendeur contre qui le divorce ou la séparation de corps a été prononcée. — (Cass.,

23 juin 1841, S. 41. 1. 630, P. 41. 2. 225, D. P. 41. 1. 289; 17 juin 1845, S. 406. 1. 52, P. 45. 2. 140, D. P, 45. 1. 415; 22 janv. 1867, S. 67. 1. 212, P. 67. 513, D. P, 67. 1. 333; 24 juill. 1878, *France judiciaire*, 77-78. 2. 667.— *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 511; Massol, n. 376; Laurent, t. 3, n. 350; Valette, *Cours de Code civ.*, p. 373; Le Senne, n. 427; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 660; Aubry et Rau, t. 5, p. 201, § 494, texte et note 18; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 302, n. 1 et suiv.) — Et rien n'oblige les juges à tenir compte de l'avis du conseil de famille, s'ils ne pensent point qu'il soit conforme à l'intérêt des enfants.— (Cass., 20 oct. 1813, S. et P. chr.) — Il en résulte que l'article 302 exclut l'application de l'article 373 aux termes duquel le père seul exerce pendant le mariage la puissance paternelle. — (Cass., 24 juill. 1878, *France judiciaire*, 77-78. 2. 677, et la note.)

880. Dans ces limites, les tribunaux apprécient souverainement, au cas de séparation de corps ou de divorce, les circonstances qui doivent déterminer les mesures à prendre dans l'intérêt des enfants.—(Cass., 1er août 1882, S. 84. 1. 116, et la note sous Cass., 23 févr. 1881, S. 81. 309, P. 81. 1. 756. — Cass., 11 mai 1858, P. 58. 1. 123; 3 avr. 1865, S. 65. 1. 225, P. 65. 620, D. P. 65. 1. 387; 29 juin 1868, S. 68. 1. 401, P. 68. 1081, et la note de M. Boullanger, D. P. 71. 5. 352; 2 déc. 1873, S. 75. 1. 125, P. 75. 289; 23 févr. 1881, S. 81. 1. 309, P. 81. 1. 756. — Grenoble, 21 déc. 1820, S. et P. chr. — Paris, 11 déc. 1821, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 318. — Lyon, 16 mars 1825, S. et P chr., D. P. 25. 2. 178, — *Sic*, Marcadé, art. 311, n. 3.)—Ils ont également la faculté de confier la garde des enfants à la mère demanderesse qui a obtenu la séparation et la retirer au père. — (Cass., 24 mai 1821, S. et P. chr., D. A. 11. 913, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 318; 28 juin 1815, S. et P. chr., D, A. 11. 912; 23 juin, 1841, précité; 17 juin 1845, précité; 22 janv. 1867, S. 67. 1. 212, P. 67. 513; 24 juill. 1878, S. 79. 1. 424, P. 79. 1093. — Montpellier, 1er prair.

an XIII, S. et P. chr. — Caen, 19 juin 1807, S. et P. chr., D. A. 11. 911, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps,* n. 122. —Bruxelles, 28 mars 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 913. — Paris, 11 déc. 1821, S. et P. chr., D. A. 11. 913, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps,* n. 318. — Lyon, 16 mars 1825, S. et P. chr., D. P. 25. 2. 178. — *Sic*, Toullier, t. 2, n. 777 ; Merlin, *Rép.*, v° *Education*, § 1, n. 3; Vazeille, t. 2, n. 591 ; Zachariæ, t. 3, § 494, note 5; Duranton, t. 2, n. 637 ; Massol, p. 319.—*Contrà*, Liège, 25 août 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 911.)... et s'il n'y a rien d'ailleurs de répréhensible dans sa conduite. — (Caen, 4 août 1810, S. et P. chr., D. A. 11. 912, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps,* n. 319.) ... Alors d'ailleurs qu'il ne l'exclue pas des droits de surveillance qui sont l'accessoire nécessaire de la puissance paternelle, — (Cass., 9 juin 1857 précité ; 30 mars 1859, S. 59. 1. 661, P. 59. 1215.) — On a même décidé que cette réserve de la surveillance du père subsiste alors même qu'elle n'a pas été expressément faite par le tribunal. — (Cass. 24 juill. 1878, S, 79. 1. 474, 1. 79. 1093, et la note. — Cass., 1er août, 1883, S. 84. 1. 116.)

881. D'ailleurs le mari conserve toujours le droit de correction s'il a des motifs légitimes de l'exercer, et sans même qu'il ait besoin pour cela de l'assentiment de personne. — (Massol, p. 363 ; Le Senne, n. 445. — *Contrà*, Delvincourt, t. 1, p. 201.)

... Et le droit d'émancipation. — (Cass., 4 avril 1965, S. 65. 1. 255 P. 65, 620, D. P. 65. 1. 287. — *Sic*, Massol, p. 380; Le Senne, n. 446; Aubry et Rau, t. 5, p. 202, § 594.)

882. En conséquence, il n'est pas nécessaire de confier l'éducation des enfants à la mère qui a fait prononcer le divorce, s'il n'apparaît aux juges que l'avantage des enfants exige qu'ils soient confiés à la mère, par préférence au père. — (Paris, 12 juill. 1808, S. et P. chr., D. A. 11. 911, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 321.)

Mais les enfants peuvent être tous confiés à la mère

sans qu'il y ait atteinte à la puissance paternelle. — (Paris, 11 déc. 1821, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 318.)

On n'a même pas, à cet égard, à se préoccuper de la différence de religion qui peut exister entre le père et la mère.— (Cass. 9 juin 1857, *motifs*, 57. 1. 590, P. 57. 1200, D. P. 57. 1. 401.)

883. Le mari qui poursuit sa séparation de corps pour injures graves, et subsidiairement pour adultère de sa femme, en demandant la garde des enfants, n'est pas fondé à se plaindre de ce que le juge, en prononçant la séparation pour injures graves, n'ait pas examiné les faits d'adultère avant de statuer sur la garde des enfants et de les confier à la mère, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, à raison de leur bas âge. — (Cass., 3 févr. 1880, S. 80. 1. 468, P. 80. 1167.)

Ainsi, l'arrêt qui, malgré la séparation de corps prononcée au profit de la femme, et bien que l'enfant issu du mariage ait été confié à la garde de celle-ci, accorde au mari le choix de la marraine de cet enfant, ne fait qu'user du pouvoir discrétionnaire dont l'article 302 investit le juge pour tout ce qui concerne la garde et l'éducation de l'enfant. Et cette décision souveraine est d'autant moins attaquable, qu'elle n'est qu'une exacte application de l'article 373. — (Cass., 29 juin 1868, S. 68. 1. 401, P. 68. 1081, D. P. 71. 5, 352.)

Les juges peuvent aussi, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, déterminer et modifier l'époque et la durée des visites que peut faire aux enfants ou recevoir d'eux l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, alors que la garde des enfants ne lui a pas été confiée. — (Cass., 22 janv. 1867, D. P. 67. 1. 333.)

884. Il va sans dire au surplus que les juges ne sont, du reste, pas tenus de confier exclusivement la garde des enfants à l'un des époux, et lorsque le père et la mère

sont l'un et l'autre reconnus dignes de la confiance des juges, il peut être ordonné que les enfants seront alternativement placés sous la garde de l'un et de l'autre. — (Cass., 13 févr. 1822, P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 325. — *Sic*, Le Senne, n. 427.)

A plus forte raison, les juges qui confient la garde des enfants au demandeur, comme un droit qui lui appartient, peuvent prescrire que les enfants seront par intervalles remis à l'autre époux. — (Limoges, 27 août 1821, S. et P. chr.)

Ils peuvent aussi confier les enfants à la mère temporairement quand ils sont en bas âge. — (Metz, 18 juill. 1811, S. et P. chr. — Bruxelles, 24 juin 1869, *Belgique judiciaire*, 71. 506.)

Par exemple, les tribunaux n'excèdent point leurs pouvoirs en décidant que les enfants resteront avec leur mère jusqu'à leur dixième année... sans astreindre en même temps celle-ci à demeurer dans le lieu ou dans un rayon déterminé du domicile du mari : une restriction ne pourrait, en pareil cas, être apportée au droit de la femme d'établir son domicile où il lui convient, qu'autant qu'elle en abuserait dans l'intention constatée de soustraire ses enfants à la surveillance paternelle. — (Cass., 29 avr. 1862, S. 62. 1. 945, P. 63. 44, D. P. 62. 1. 515. — *Sic*, Massol, p. 386.)

885. Les juges peuvent, dans ce cas, réserver aux deux époux le droit de désigner plus tard à l'amiable ou de faire désigner par la justice un établissement d'éducation. — (Bruxelles, 24 juin 1869, *Belgique judiciaire*, 71. 506.)

886. L'époux qui est en retard de remettre les enfants communs à l'autre époux auquel la garde en a été confiée peut être condamné à effectuer cette remise sous peine de dommages-intérêts déterminés par chaque jour de retard. — (Cass., 25 mars 1857, S. 57. 1. 267, P. 57. 879, D. P. 57. 1. 213 ; 4 avr. 1865, motifs, S. 65. 1. 257, P. 65. 621, D.

P. 65. 1. 287 ; 18 mars 1878, S. 78. 1. 193, P. 78. 497, et la note de M. Labbé. — *Sic*, Le Senne, n. 430. — *Contrà*, Bruxelles, 5 août 1880, S. 81. 4. 1, P. 81. 2. 1.)

887. Les juges statuant sur l'exécution d'un arrêt qui a ordonné à la femme de remettre les enfants au mari peuvent librement opter entre les moyens de coercition que la loi autorise. Ils peuvent même condamner la femme à des dommages-intérêts par chaque jour de retard jusqu'à la remise des enfants, bien que le mari ait conclu seulement à la saisie et mise en séquestre des revenus de la femme.

Et si, en substituant un moyen de coercition à un autre, ils ont accordé plus qu'il n'était demandé, leur décision pourra être attaquée seulement par la requête civile, et non par le pourvoi en cassation. — (Cass., 18 mars 1878, S. 78. 1. 193, P. 78. 497, D. P. 78. 1. 201.)

888. Les juges ont, aux termes de l'article 302, le droit de confier la garde des enfants à des tiers; ils peuvent donc ordonner que ces enfants seront placés dans une maison d'éducation, où chacun des parents pourra les visiter. — (Cass., 3 avr. 1865, S. 65. 1. 257, P. 65. 621, D. P. 65. 1. 287. Lyon, 16 mars 1825, S. et P. chr., D. P. 25. 2. 178. — Aubry et Rau, t. 5, p. 201, § 494; Demante, t. 2, n. 31 ; Bioche, v° *Séparation de corps*, n. 117 et suiv.; Massol, p. 378 ; Allemand, t. 2, n. 429 ; Demolombe, t. 4, n. 453 et 511, *in fine ;* Duranton, t. 2, n. 636; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, n. 415.)... — Alors surtout qu'il s'élève des soupçons sur la moralité des époux. — (Rennes, 21 fév. 1826, S. et P. chr., D. P. 28. 2. 30.)

889. Au reste, si les époux sont d'accord sur les points essentiels de l'éducation à donner aux enfants issus de leur mariage, les tribunaux ne peuvent régler eux-mêmes d'office le mode de cette éducation ; ils doivent sanctionner l'accord des époux, alors du moins qu'il n'en résulte aucun préjudice pour les enfants.

Par exemple, lorsque les époux, tout en réclamant l'un et l'autre respectivement la garde de leur fils, s'accordent pour demander qu'il soit placé dans une maison d'éducation déterminée, les juges ne peuvent d'office ordonner que cet enfant sera élevé ailleurs, sans rien préciser d'où il résulte que ce dernier mode d'éducation doive être plus avantageux pour l'enfant. — Massol, p. 380; Demolombe, t. 4, n. 453; Le Senne, n. 435.

890. Et une Cour peut d'office, lorsque le jugement a omis de statuer sur ce point, délaisser les parties à se régler à l'amiable pour faciliter les rapports du conjoint défendeur avec les enfants, sinon, en cas de difficulté, ordonner qu'il en sera référé à la Cour. — (Paris, 1er août 1874, S. 74. 9. 265, P. 74. 1138.)

891. Mais le pouvoir discrétionnaire du juge est néanmoins indépendant en cette matière de la convention intervenue entre les époux dans le but de régler, comme conséquence de la séparation ou du divorce, le sort ou la position des enfants ; ils peuvent modifier cette convention, comme nous verrons bientôt qu'ils peuvent modifier leur propre décision. — (Liège, 19 févr. 1852, *Pasicrisie belge*, 52. 2. 226, *Belgique judiciaire*, 52. 1272.) — Une telle convention peut même être révoquée au gré des époux, et c'est aux tribunaux, dans cette dernière hypothèse, qu'il appartient de régler le sort des enfants. — Trib. Huy, 11 déc. 1851, *Belgique judiciaire*, 52. 201.)

892. D'après les mêmes principes, lorsque les juges ont ordonné qu'un enfant issu du mariage serait placé jusqu'à sa majorité dans une maison d'éducation désignée, et qu'il ne pourrait être placé ailleurs que du consentement réciproque des deux époux, la convention intervenue entre eux, par laquelle il a été stipulé que l'enfant passerait le temps des vacances chez l'un et chez l'autre alternativement, peut être résolue par la seule volonté de

l'un des époux. — (Paris, 20 sept. 1832, S. 32. 2. 654, P. chr., D. P. 33. 2. 128.)

Et l'acte par lequel deux époux ont déterminé, avant le divorce, à qui seront confiés postérieurement les enfants nés de leur union, peut recevoir dans la suite, sur la demande même de l'un des époux, et avec l'autorisation de la justice, telles modifications qu'exigera l'intérêt des enfants. — (Bruxelles, 3 pluv. an X, S. et P. chr.)

D'ailleurs, quelle que soit la personne à laquelle les enfants [seront confiés, le père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. — (Art. 303.)

Mais comme l'enseigne Toullier, seul sa vie durant, le père conserve le droit de puissance paternelle sur ses enfants. Ce n'est qu'après sa mort que la femme peut exercer ce droit, même quand c'est entre ses mains que la justice les a remis. – (Toullier, t. 2, n. 497. *Adde* Cass., 9 juin 1857, S. 57. 1. p. 590, P. 57. 1200 ; 30 mars 1859, S. 59. 1. 661, P. 59, 1215, D. P. 59. 401 ; Fuzier-Herman, art. 304, n. 2 et suiv.— *Contrà*, Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, p. 271, § 156, note 12; Delvincourt, t. 1, p. 168, Massol, p. 380.)

893. C'est sur ce principe que se base la doctrine généralement admise que le tribunal qui confie à la femme la garde des enfants n'enlève pas par ce fait au mari le droit de surveiller leur éducation et de recourir à la justice, si la femme use de son droit de garde de telle façon que le mari se voit obligé d'en restreindre l'étendue. — (Cass., 9 juin 1857, S. 57. 1. 590, P. 57. 1200. — Lyon, 10 mars 1825, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 318. —Trib. Lyon, 10 mars 1866, D. P. 67. 3. 96. — Aubry et Rau, t. 5, p. 202, § 494 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 303, n. 3 et suiv.)

Par exemple, bien que la religion des parents ne puisse avoir aucune influence sur le choix de celui à qui le droit de garde est confié, il ne s'ensuit aucunement que

la mère à qui les enfants ont été remis puisse faire changer ses enfants de religion, au cas où la sienne serait différente de celle de leur père. — (Cass., 9 juin 1857, motifs, précité; Massol, p. 381.) — Cette espèce nous offre un exemple précis de ce qu'on entend par la continuation de la puissance paternelle après le divorce ou la séparation de corps.

894. Le principe de la puissance paternelle, bien qu'il subsiste, doit en effet, comme nous l'avons dit *suprà*, n. 892, subir dans son exercice les modifications qu'impose naturellement le nouvel état de choses créé par le divorce ou la séparation de corps, et si en dernière analyse le père doit l'emporter, il y a des exceptions. D'ailleurs, tant que dure le mariage, il y a sur les enfants, au point de vue de l'éducation, un certain partage d'autorité entre le père et la mère, surtout lorsque les enfants sont des filles; la communauté de surveillance qui en résulte doit subsister, rien ne l'empêche. On ne saurait d'ailleurs enseigner sans un certain illogisme que la puissance paternelle est plus entière après qu'avant la séparation de corps ou le divorce. Au surplus, les tribunaux sont là pour faire de ces principes une sage application et distinguer les cas où l'autorité du père aurait été véritablement violée. Ainsi, le tribunal de Lyon, dans un jugement que nous avons déjà cité au numéro précédent, et où il affirme la subsistance de la puissance paternelle, admet-il en même temps, et avec raison suivant nous, que la femme n'empiète pas sur cette puissance dans le cas où le tribunal lui a confié la garde de son enfant, si elle soutient ce dernier dans sa résistance aux projets paternels qui tendraient à le faire entrer dans une maison d'éducation contraire à ses goûts. Dans l'espèce de ce jugement, l'exercice de la puissance paternelle doit, en effet, se borner à la surveillance de l'éducation. — (Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 303, n. 5.)

Il va sans dire au surplus que le père contre lequel la séparation a été prononcée conserve également le droit

de visiter ses enfants. — (Cass., 3 févr. 1875, S. 75. 1. 393, P. 75. 1009). — Et les juges, en confiant la garde des enfants à la mère sans réserver au père le droit de les voir dans des conditions déterminées, n'excluent point pour cela le droit de surveillance du père (C. civ., 303). — (Cass., 24 juill. 1878, S. 79. 1. 424, P. 79. 1093).

895. Nous verrons bientôt, *infrà*, n. 897, qu'il est certains cas où le droit de visite pourrait devenir un abus, une atteinte à la morale, et que dans ce cas la justice a le droit et le devoir d'intervenir pour modifier au besoin les dispositions primitivement prises ; mais ces cas exceptionnels n'empêchent pas le droit de visite d'être en soi absolument respectable, et si, dans certaines hypothèses, la justice est obligée de le restreindre, elle seule peut le faire, il serait inadmissible de laisser ce pouvoir à la personne, quelle qu'elle soit, à qui la garde des enfants est confiée. Ainsi la femme séparée de corps, qui a obtenu la garde de ses enfants, ne peut choisir son domicile dans une ville autre que celle du domicile de son mari, qu'autant qu'il n'y ait pas intention de sa part de rendre plus difficile au père l'exercice de la puissance paternelle, et le droit qu'il a de surveiller ses enfants. —(Cass., 28 févr. 1842, S. 42. 1. 210, P. 42. 1. 469. D. P. 42. 1. 87. — (Angers, 6 mai 1841, S. 41. 2. 218, P. 41. 2. 60, D. P. 41. 2. 154. — *Sic*, Le Senne, n. 431.)

Dans ce cas, toutefois, il peut être ordonné par une disposition nouvelle que le père devra visiter l'un de ses enfants, non plus dans le lieu de son domicile, ainsi qu'il avait été dit dans le jugement ou l'arrêt prononçant la séparation, mais dans une autre ville où la mère à qui cet enfant a été confié a établi sa résidence. — (Cass., 28 févr. 1842, précité ; 29 avr. 1862, D. P. 62. 1. 516. — Angers, 6 mai 1841, S. 41, 2. 218, P. 41. 2. 60, D. P. 41. 2. 154.)

896. Nous pensons que la réciproque doit être admise ; et que le mari à qui la garde des enfants a été confiée après

la séparation de corps a le droit de les emmener avec lui dans sa nouvelle résidence qu'il juge à propos de choisir sans fraude; sauf à la femme à s'y transporter pour user de la faculté qui lui a été réservée de les voir. — Paris, 12 avr. 1856, S. 56. 2. 612, P. 57. 33, D. P. 57. 2. 27. — *V.* dans le sens de cet arrêt, Fuzier-Herman, *Code civil annoté,* art. 303, n. 9.) — Si au lieu d'une séparation de corps il s'agissait du divorce, nous croyons que peut-être la décision de la Cour suprême ne serait pas la même, car on ne pourrait plus tenir compte de l'autorité maritale.

897. En tous cas, il est impossible de laisser le droit de visite et de surveillance dégénérer en abus. Ainsi, une femme contre qui le divorce a été prononcé et qui n'a pas obtenu la garde de l'enfant ne peut, à raison du droit de surveillance qui lui appartient, exiger que l'enfant lui soit chaque année confié pendant un certain nombre de jours déterminés; mais, de son côté l'époux, en l'absence de circonstances d'une gravité exceptionnelle, ne peut puiser dans son droit de garde le pouvoir d'empêcher toute entrevue entre l'enfant et sa mère. — Et la prétention de la mère de n'admettre aux entrevues avec son enfant commun que des personnes de son sexe serait contraire au pouvoir du père d'exercer comme il lui convient son droit de garde. — Mais les tribunaux peuvent apprécier souverainement ce qu'il importe d'ordonner dans ces hypothèses. — (Liège, 12 août 1869, *Pasicrisie belge.* 70. 2. 95.)

898. L'époux contre qui le divorce a été prononcé, obligé en vertu de l'article 303 du Code civil de se charger de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants n'est pas recevable à offrir de se charger lui-même chez lui de cet entretien, à moins que la famille ou le procureur de la République ne le demandent. — (Trib. Bruxelles, 26 juill. 1877, *Pasicrisie belge,* 78. 3. 254. —

Metz, 9 févr. 1811, S. et P. chr. — Sur les principes à appliquer en cette matière, *V. suprà*, art. 203, n. 7 et 8.)

899. La demande formée pour régler judiciairement l'exercice du droit de surveillance n'est pas assujettie au préliminaire de conciliation. — (Gand, 5 mai 1869, *Pasicrisie belge*, 69. 2. 297.)

900. L'acquiescement donné par les époux divorcés au jugement qui règle l'exercice du droit d'entretien, de surveillance et d'éducation de leurs enfants, accordé par l'article 303 du Code civil au père comme à la mère, est inopérant et n'empêche pas la partie qui a acquiescé d'interjeter appel. — (Gand, 8 mai 1869, *Pasicrisie belge*, 69. 2. 297.)

901. Les juges du fond ont aussi le droit de modifier à cet égard les mesures qu'ils ont précédemment ordonnées, chaque fois que ce changement est exigé par les circonstances. — (*V.* Cass., 9 juin 1857, S. 57. 1. 690, P. 57. 1200; 19 févr. 1861, S. 61. 1. 128, P. 62. 1127, D. P. 61. 1. 431; 22 janv. 1867, S. 67. 1. 212. P. 67, 513; 18 mars 1868, 68. 1. 208, P. 68. 507; 1er août 1883, S. 84. 1. 106. — *Sic*, sur le principe, Demolombe, t. 4, n. 541; Le Senne, n. 429 et 443; Aubry et Rau, t. 5, p. 202, § 494; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 660. — Gand, 8 mai 1869, *Pasicrisie belge*, 69. 2. 297.)

902. D'ailleurs, une Cour, sur la demande du mari tendant à obtenir la garde de son enfant confié provisoirement à la mère contre laquelle le divorce a été prononcé, peut, en décidant qu'il n'y a pas lieu de modifier cet état de choses jusqu'à ce que l'enfant ait atteint sa dixième année, retenir la cause et ordonner qu'elle sera ramenée devant elle sur simple avenir à l'expiration de la dixième année de l'enfant, pour être fait droit sur la demande du mari. — (Liège, 11 juill. 1881, *Pasicrisie*, 81. 2. 307.)

903. Les tribunaux peuvent notamment ordonner qu'à raison de sa constitution débile et maladive, l'enfant restera confié à la garde de sa mère au delà de l'âge déterminé par le jugement sur le fond. — (Cass., 22 janv. 1867, S. 67. 1. 212, P. 67, 513, D. P. 67. 1. 333.)

De même, lorsqu'un arrêt d'appel infirmatif a confié leurs enfants à la surveillance commune des deux époux, si, ultérieurement, l'un des deux réclame la surveillance exclusive des enfants, par des motifs tirés de faits nouvellement survenus, sa demande à cet égard est valablement portée *de plano* devant la Cour qui a rendu l'arrêt; on ne serait pas fondé à soutenir que la demande dont il s'agit tendant, non pas à l'exécution des mesures prescrites par l'arrêt, mais bien, au contraire, à leur discontinuation et à leur remplacement par des mesures différentes, constitue une demande nouvelle qui, comme telle, serait soumise à la règle des deux degrés de juridiction. — (Paris, 5 juill. 1853, S. 53. 2. 254, P. 53. 2. 437, D. P. 54. 2. 67.)

904. Et bien que les enfants d'époux divorcés soient restés confiés à la garde du conjoint qui avait obtenu le divorce, les juges peuvent, nonobstant l'opposition de celui-ci et sur la demande de l'autre, faire choix d'une tierce personne, si l'intérêt des enfants l'exige. — (Rouen, 21 fruct. an XII, S. et P. chr.)

Et quand même les juges n'auraient déjà désigné la personne à laquelle les enfants d'époux séparés de corps seront confiés, ils peuvent, nonobstant l'opposition de l'un des époux et sur la demande de l'autre, faire un nouveau choix, si l'intérêt des enfants l'exige; les juges ne sont pas liés par leur première décision. — (Bordeaux, 9 juin 1832, S. 33. 2. 446, P. chr., D. P. 33. 2. 26.)

Après un jugement ou arrêt qui avait réservé aux deux époux la surveillance commune des enfants issus de leur union, les juges peuvent, s'il survient des faits nouveaux de nature à faire craindre que le mari n'exerce une influence fâcheuse sur l'éducation des enfants, dé-

cider qu'ils seront confiés, à l'avenir, à la surveillance de la mère seule. — (Paris, 5 juill. 1853, S. 53. 2. 254, P. 53. 2. 437, D. P. 54. 2. 67.)

905. C'est ainsi, notamment, que l'époux contre qui le divorce est prononcé et chez qui l'enfant devait, d'après une décision judiciaire être conduit à certains jours, doit être déclaré déchu de son droit s'il a profité de cette faveur pour faire disparaître l'enfant. — (Trib. Bruxelles, 2 juin 1869, *Belgique judiciaire*, 69. 9. 73.) — ... A plus forte raison les juges, après avoir confié les enfants à la mère qui avait obtenu la séparation, en autorisant le père à les conduire, à les garder chez lui à certaines époques de l'année, peuvent dans la suite, en laissant les enfants à la mère, décider que le père ne pourra plus les amener chez lui, et que désormais il ne pourra les voir qu'à leur pension ou chez un tiers, lorsque le père, ne tenant pas de ménage, mène à l'hôtel une vie de garçon qui ne lui permet pas de recevoir ses enfants. — (Cass., 1er août 1883, S. 84. 1. 116.)

906. De même, si le mari avait, sans motifs suffisants, usé de son droit d'émancipation à l'égard de l'un de ses enfants, le tribunal pourra admettre les conclusions de la mère tendant à se faire attribuer la garde de l'autre enfant, sauf pour le père le droit de visite. — (Paris, 5 *juill.* 1853, motifs, S. 53. 2. 454, P. 53. 2. 437, D. P. 54. 2. 67.)

Cette décision est parfaitement juridique, car lorsqu'en prononçant la séparation de corps entre deux époux, les juges ont ordonné que les enfants issus du mariage seraient placés dans une maison d'éducation jusqu'à leur majorité ou leur mariage et pourraient y être vus par leurs père et mère, cette disposition, sans enlever au père le droit d'émancipation, a néanmoins pour effet de limiter les conséquences de cette émancipation de telle sorte qu'elle ne puisse soustraire ni le père ni les enfants à l'exécution de l'arrêt.

Dès lors, nonobstant l'émancipation régulièrement faite,

le père peut être condamné à placer les enfants dans l'établissement désigné, et ce sous peine de dommages-intérêts à payer par chaque jour de retard, sans qu'il puisse, en invoquant pour les enfants les effets ordinaires de l'émancipation relatifs à la liberté du domicile, se mettre à couvert sous la maxime « *A l'impossible nul n'est tenu* ». — (Cass., 4 avr. 1865, 65. 1. 257, P. 65. 621, D. P. 65. 1. 287. — *Sic*, Massol, p. 381 et 392; Le Senne, n. 446; Aubry et Rau, t. 5, p. 202, § 494.)

907. Le tribunal de première instance ou d'appel qui a ordonné la remise des enfants à l'un des époux est compétent pour statuer sur les dommages-intérêts dus en cas de retard. — (Cass., 25 mars 1857, S. 57. 1. 267, P. 57. 879, D. P. 57. 1. 213.)

908. C'est le tribunal qui a prononcé la séparation de corps ou le divorce qui reste compétent pour statuer sur les modifications que pourrait avoir à subir ce jugement au sujet de la garde des enfants, à moins d'urgence reconnue, auquel cas le tribunal du lieu aurait été compétent en renvoyant la connaissance du fond au tribunal de l'exécution. — Mais lorsqu'il n'est question dans la cause, ni d'interpréter ni de modifier, en ce qui concerne la garde des enfants, le jugement qui a prononcé le divorce ou la séparation, ni de résoudre certaines difficultés d'interprétation: si par exemple l'autorité même du jugement sur le fond est contestée, si la nouvelle instance porte sur un fait violent, tel que l'enlèvement d'un enfant, confié par le jugement à sa mère, au mépris de cette décision, méconnue et violée ; une infraction de cette nature constitue de la part de ses auteurs un véritable quasi-délit dont la réparation doit être demandée au tribunal du lieu où le fait a été accompli.

Le tribunal qui a admis le divorce et statué sur la garde et l'éducation des enfants est seul compétent pour connaître d'une demande nouvelle qui tend à modifier la décision rendue quant aux mesures à prendre dans l'intérêt

de ces enfants. — (Bruxelles, 12 août 1880, *Pasicrisie belge*, 81. 2. 240. — Dijon, 11 avr. 1866, D. P. 66. 2. 100.)

909. Mais, en cas d'urgence, il doit être fait exception à cette règle, et le juge des référés du lieu où résident les enfants peut être régulièrement saisi ; d'ailleurs, dans la plupart des cas, il ne s'agira que d'une question d'exécution de la première décision, ce qui rendra plus évidente encore cette compétence exceptionnelle.

910 Au surplus, nous n'avons, pour justifier cette compétence exceptionnelle, qu'à renvoyer à ce que nous avons dit *suprà*, n. 695 et suiv. en ce qui concerne les mesures provisoires que le président peut ordonner comme juge du référé pendant l'instance.

Dans le cas d'enlèvement des enfants par un des époux, le juge compétent pour statuer est le juge du lieu où la voie de fait a été commise. — (Trib. Bruxelles, 19 avr. 1880, *Belgique judiciaire*, 56. 554.)

La femme demanderesse peut, pour la première fois en appel, conclure à ce que ses enfants soient remis entre ses mains. Ce n'est pas là une demande nouvelle, mais une conséquence nécessaire de la demande principale. Le sort des enfants est d'ailleurs, dans ce cas, un objet d'ordre public, sur lequel les juges doivent prononcer même quand il n'y aurait pas de conclusions prises à ce sujet. — (Cass., 17, nov. 1847, P. 48. 2. 488, D. P. 47. 4. 157.)

911. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. — En cas de jugement ou même de demande soit en divorce, soit en séparation de corps, le mari pourra désavouer l'enfant

né trois cents jours après la décision autorisant la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. (Modification à la loi de 1850, art. 312.)

Cette addition à l'article 312 par la loi de 1850 modifiée crée une impossibilité morale de cohabitation. Mais peu importe, pour que l'article 312 puisse être invoqué par le demandeur en divorce, que l'impossibilité de cohabiter soit matérielle comme celle prévue dans le premier paragraphe, ou morale comme celle prévue dans le second; elle peut même être l'une et l'autre à la fois lorsqu'elles s'ajoutent l'une à l'autre sans solution de continuité et embrassent ensemble un intervalle non interrompu de plus de trois cents jours antérieurement à la naissance de l'enfant désavoué. — (Cass., 8 nov. 1859, S. 60. 1. 437, P. 60. 78, D. P. 59. 1. 506. — *Sic*, Duvergier sur Toullier, t. 2, n. 816, note *a*; Valette sur Proudhon, t. 2, p. 30; Duranton, t. 3, n. 52; Zachariæ, t. 3, p. 640; Marcadé, sur l'art. 313, n. 3; Demolombe, t. 5, n. 45; Laurent, t. 3, n. 273. — *Contrà*, Richefort, n. 21; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, n° 433; Aubry et Rau, t. 6, p. 42, § 545.)

912. Remarquons que, même avant la modification apportée à cet article par la loi sur le divorce, on ne pouvait déjà, d'après la jurisprudence jusqu'alors suivie, faire partir le délai de la décision fixant à la femme une résidence provisoire. — (Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 313, n. 2.)

913. Dans le cas du § 2 de l'article 312, la présomption *Pater is est...* se trouve détruite de plein droit par le fait de la demande en divorce ou en séparation de corps. Dès lors, c'est à la femme de prouver que l'impossibilité morale prévue par le texte ne peut être invoquée, en apportant la preuve d'une réunion de fait. — Et les juges pourraient même, le cas échéant, repousser l'appointe-

ment de preuve proposé par la femme s'ils ne trouvaient pas les faits par elle allégués suffisamment pertinents. — (Cass., 19 août 1872, S. 73. 1. 75, P. 73. 156, D. P. 73. 1. 479. — Paris, 18 févr. 1854, S. 54. 2. 81, P. 54. 1. 220. — Bordeaux, 16 juin 1855, S. 58. 2. 690, P. 59. 617, D. P. 59. 2. 14. — Nancy, 12 janv. 1861, S. 61. 2. 307, P. 61. 121. — Agen, 4 mars 1874, S. 75. 2. 166, P. 75. 689. — Toulouse, 11 juin 1874, S. 75. 2. 173, P. 75. 737. — Caen, 22 déc. 1880. S. 81. 2. 161, P. 81. 1. 930. — *Sic*, Demante, t. 2, n. 40 *bis*-1°, p. 57; Mourlon et Demangeat, t. 1, p. 444; Demolombe, t, 5, n. 55 *bis*; Valette, *Explic. somm.*, p. 172; Coin-Delisle. — *Contrà*, Amiens, 30 juin 1853, S. 54. 2. 81, et la note de Gilbert, P. 53. 2. 503. — *Sic*, Demante, t. 2, n. 40 *bis*; Marcadé, sur l'art. 313, n. 4; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 1, § 156, p. 280, note 5; Boileux, sur l'art. 313, p. 72; Demolombe, t. 5, n. 503 et suiv.)

SECTION II.

Effets du divorce quant aux biens.

§ I. — Biens des époux.

914. Art. 299. — « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. »

Ainsi que nous l'avons dit *suprà*, 180 et suiv. à propos de la question de savoir qui peut intenter l'action en divorce, il y a entre la révocation des avantages matrimoniaux par le divorce et la révocation des donations pour cause d'ingratitude de certaines analogies.

D'après Treilhard, l'assimilation est complète : « L'époux

s'est placé dans le rang des ingrats, il sera traité comme eux » disait-il. Le Tribunat voulait que la mesure de l'article 299 fût réciproque, c'est-à-dire que la dissolution du mariage par le divorce opérât pour l'un comme pour l'autre époux la résiliation des avantages matrimoniaux. Cette idée eût été équitable et conforme aux principes qui doivent dominer la matière. Le Tribunat ne poussait cependant pas son système jusqu'au bout, car il admettait pour le juge la faculté d'accorder au demandeur tout ou partie des avantages matrimoniaux, à titre d'indemnité. Quoi qu'il en soit, cette théorie fut rejetée au moment de la confection du Code civil.

915. Une des plus graves questions qui se présente ici comme presque dans toutes les dispositions de loi concernant le divorce, c'est celle de savoir si l'article 299 est applicable à la séparation de corps. Mais jamais cette question n'a été plus vivement et plus longtemps débattue qu'à propos de ce texte. Longtemps notre Cour de cassation a adopté la solution négative et beaucoup d'auteurs l'ont suivie; quelques-uns même aujourd'hui encore considèrent l'article 299 comme absolument spécial au divorce. Citons en ce sens : Cass., 17 juin 1822, S. et P. chr., D. A. 11. 918; 19 août 1823, S. et P. chr., D. A 11. 918, D. *Rép.* v° *Séparation de corps*, n. 572; 13 févr. 1826, S. et P. chr.; 30 mai 1836, S. 36. 1. 728, P. chr., D. P. 36. 1. 377; 21 mars 1842, S. 43. 1. 728, P. 43. 1. 640, D. P. 43. 1. 173; 21 nov. 1843, S. 44. 1. 235, P. 44. 1. 403, D. P. 44. 1. 43. — Paris, 9 mai 1826, S. et P. chr. — Caen, 9 déc. 1836, S. 37. 2. 164, P. chr. — Rouen, 28 janv. 1837, S. 37. 2. 164, P. chr. — Riom, 19 août 1839, S. 40. 2. 59, P. 40. 1. 590, D. P. 40. 2. 130; 4 déc. 1843, S. 44. 2. 78, P. 45. 1. 138. — Douai, 10 mai 1847, S. 48. 2. 194, P. 48. 727, D. P. 48. 2. 94. — Gand, 10 juill. 1846, *Pasicrisie belge*, 46. 2. 313, *Belgique judiciare*, 46, 445 et 1423. — Cassation belge, 20 mai 1847, *Belgique judiciaire*, 47. 741, *Pasicrisie belge*, 48. 1. 7. — Bruxelles, 23 mai 1861, *Belgique judiciaire*, 61. 724, *Pasicrisie belge*, 62. 115. — Trib. Verviers, 3 août 1861, *Bel-*

gique judiciaire, 62. 814. —Bruxelles, 19 avr. 1864, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 63-64. 1216. — Trib. Liège, 27 mai 1871, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 71-72. 310.

Comme on le voit par les derniers arrêts cités au numéro précédent, la jurisprudence belge partage l'opinion autrefois admise en France par la Cour de cassation, et suivant laquelle l'article 299 n'est pas applicable en matière de séparation de corps. On peut encore citer dans le même sens un nombre imposant d'auteurs : Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, § 4, n. 5, *Quest. de droit*, *eod. verb.*, § 1 ; Toullier, t. 2, n. 781 ; Duranton, t. 2, n. 629, et t. 8, n. 572 ; Grenier, *Donat.*, t. 1, n. 220 ; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 3, n. 8 ; Zachariæ, t. 3, p. 377, note 12 ; Rodière, *Revue de législation*, t. 3, 1836, p. 237 ; Aubry et Rau, t. 5, p. 206, § 494 ; Le Senne, n. 394 à 420 ; Poujol, *Donat.*, sur l'art. 959, n. 7 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, *Donation et testament*, t. 1, n. 220 ; Saintespès-Lescot, *Donat.*, t. 3, n. 909 ; Massol, p. 340 ; Laurent, t. 2, n. 354.

916. Mais, de tout temps, la majorité de nos Cours d'appel a partagé l'opinion contraire, et après un grand nombre d'années notre Cour régulatrice, vaincue par la résistance des Cours d'appel, a enfin adopté, comme elles, l'opinion, beaucoup plus équitable et beaucoup plus juridique que la précédente, d'après laquelle l'article 299 est applicable à la séparation de corps comme au divorce. — (Cass., 23 mai 1845, S. 45. 1. 321, P. 45. 1. 626, D. P. 45. 1. 225 ; 17 juin 1845, S. 46. 1. 52, P. 45. 2. 140, D. P. 45. 1. 415 ; 28 avr. 1846, S. 46. 1. 383, P. 46. 1. 713, D. P. 46. 1. 210 ; 25 avr. 1849, S. 49. 1. 505 ; 18 juin 1849, S. 50. 1. 125.— Caen, 22 avr. 1812, S. et P. chr., D. *Rép.* v° *Séparation de corps*, n. 369 ; 1er juill. 1845, S. 45. 2. 551, P. 45. 2. 427, D. P. 45. 4. 473 ; 29 janv. 1872, S. 72. 2. 75, P. 72. 449, et la note ; 29 janv. 1880, S. 80. 2. 317, P. 80. 1213. — Colmar, 26 juin 1817, S. P. chr. ; 15 juill. 1846, S. 47. 2.

196, P. 47. 1. 440, D. P. 47. 2. 38. — Rennes, 3 juin 1818, S. et P. chr.—Angers, 22 mars 1820, S. et P. chr., D. A. 11. 918, D. *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 389. — Agen, 1er mai 1821, S. et P. chr., 28 avr. 1824, S. et P. chr., D. A. 11. 918, D. *Rép.* v° *Séparation de corps*, n. 369. — Aix, 21 janv. 1823, S. et P. chr. — Metz, 25 mars 1823, S. et P. chr. — Riom, 5 nov. 1846, S. 48. 2. 199, D. P. 48, 2. 96. — Paris, 5 févr. 1847, S. 47. 2. 91, P. 47. 1. 336, D. P. 47. 4. 437 ; 20 août 1862, S. 62. 2. 443, P. 63. 89. — Pau, 8 août 1853, S. 53. 2. 495, P. 56. 1. 45.— Lyon, 26 janv. 1861, S. 61. 2. 553. — Chambéry, 4 mai 1872, S. 73. 2. 217, P. 73.885. — *Sic*, Proudhon, *Des personnes*, t. 1, p. 544 ; Delvincourt, t. 1, p. 353 ; Pigeau, t. 2, p. 571 ; Coulon, *Quest. de droit*, t. 2, p. 376 ; Vazeille, *Du mariage*, t. 2, n. 589, et *Donations*, sur l'art. 959, n. 2 ; Taulier, t. 1, p. 369 ; Massol, p. 297 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 299, n. 2 et suiv. ; Valette sur Proudhon, *loc. cit.* ; Marcadé, sur l'art. 311, n. 1 et 2 ; Demolombe, t. 4, n. 521 ; Toullier, t. 4, p. 99 ; Troplong, *Donat.*, t, 3, n. 1348 ; Demante, t. 2, p. 36, n. 29 *bis* ; Boileux, sur l'art. 959, t. 4, p. 73 ; Mourlon et Demangeat, t. 4, n. 528 ; Rodière, *Rev. de législ.*, t. 3, 1835-1836, p. 237 ; Nicias Gaillard, *Rev. de législ.*, t. 1, 1850, p. 129 ; Boulanger, note sous Cass., 30 août 1865, S. 66. 1. 9, P. 66. 11.)

917. Maintenant trois questions nous restent à résoudre sur la révocation des avantages matrimoniaux :

1° En quoi consiste cette révocation ;

2° Comment elle a lieu ;

3° Quels sont ses effets.

1re Question.

918. Quant au point de savoir à quels avantages entre époux s'applique l'article 299, nous croyons qu'on peut répondre sans hésiter qu'il s'applique à tous, aussi bien notamment à ceux qui sont déguisés qu'aux autres. Spécialement, le mari qui obtient la séparation de corps

peut réclamer ses apports dans la communauté, après avoir justifié desdits apports, malgré la clause du contrat de mariage stipulant, dans le but d'avantager la femme, que le mari n'apportait d'autre mobilier que son linge personnel. —(Chambéry, 4 mars 1872, S. 73. 2. 217, P. 73. 737.)

Mais si l'article 299 comprend tous les avantages entre époux, il va sans dire, qu'il ne s'applique qu'à ces seuls avantages.

C'est-à-dire qu'il faut, pour qu'un acte tombe sous l'application de cet article, qu'il remplisse deux conditions :

1° Qu'il soit à titre gratuit ;

2° Qu'il soit fait par un époux à l'autre.

Ces deux conditions, fort simples au premier abord, peuvent rencontrer, dans la pratique, de graves complications.

919. Nous disons d'abord qu'il faut que l'avantage fait à l'époux contre lequel le divorce est prononcé soit gratuit pour être révoqué, en vertu de l'article 299. Un arrêt de la Cour de Cassation belge, du 24 octobre 1874 (*Pasicrisie belge*, 75. 1. 7, *Belgique judiciaire*, 75. 149), spécialise nettement cette condition, quant à la portée qu'on doit attacher à ce point de vue à l'article 299 ; elle est parfaitement déterminée par les conclusions rendues dans la même affaire par M. le premier avocat général Cloquette. Ces conclusions sont rapportées, avec l'arrêt précité, dans la *Pasicrisie belge ;* mais cet excellent recueil étant encore peu répandu chez nous, les hommes d'affaires nous sauront peut-être gré de leur mettre sous les yeux les conclusions si juridiques de M. Cloquette.

Ce magistrat s'exprime en ces termes : « Quelle est la portée de l'article 299 du Code civil, lorsqu'il dispose que l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra les avantages que l'autre époux lui a faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté, et que peut-il entendre, dans cette disposition, par tous les avantages *faits par contrat de mariage*, expression repro-

duite dans l'article 300 ? Telle est la principale question que cette affaire présente à résoudre.

» Les époux Vandevoorde-Steyaert avaient stipulé qu'il y aurait entre eux communauté universelle de tous les biens présents et à venir.

» Leur mariage ayant été dissous par le divorce prononcé contre le mari pour cause déterminée, les droits de chacun des deux époux sur la communauté devaient être réglés.

» Lors de ce règlement, la femme a soutenu que le régime de la communauté universelle, adopté par leur contrat de mariage, avait conféré à son mari des avantages auxquels la disposition de l'article 299 précité était applicable. C'est moi, disait-elle, qui ai apporté dans la communauté universelle tous les immeubles qui s'y sont trouvés lors de sa dissolution, ces biens ayant été acquis par moi avant le mariage, ou m'étant échus pendant le mariage. Si mon mari, qui n'a rien apporté dans la communauté, obtenait une partie de ces biens, il conserverait les avantages que je lui ai faits par le contrat de mariage et dont je suis en droit de demander la révocation.

» La Cour d'appel de Gand a jugé qu'il n'y avait lieu à l'application de l'article 299, et que sa disposition devant rester sans influence sur le partage de la communauté des époux Vandevoorde-Steyaert, il devait avoir lieu par moitié.

» Elle s'est fondée sur ce qu'une stipulation de communauté universelle n'est pas, en elle-même, une libéralité, mais une simple convention de mariage, qui doit sortir les effets légaux des conventions même en l'absence de tous apports par un des époux ; sur ce que quand cette stipulation porte, comme dans l'espèce, sur les biens à venir comme sur les biens présents, il est impossible de dire, au moment du contrat, à qui elle profitera définitivement, les éventualités de l'avenir échappant à toutes prévisions et pouvant enrichir celui des époux qui d'abord avait été sans biens, ce qui ôte à une pareille stipulation tout ca-

ractère de libéralité; sur ce que, d'ailleurs, on ne pouvait, dans le cas spécial de cette cause, envisager la clause de la communauté universelle comme ayant été consentie par l'un des époux dans le but d'exercer envers l'autre un acte de libéralité, cette clause ayant dans ce cas spécial le caractère d'un contrat commutatif aléatoire. Selon le pourvoi, la Cour de Gand a méconnu, par son arrêt, le sens de l'article 299, cet article étant conçu, d'après lui, dans des termes qui, par leur généralité, doivent faire perdre à l'époux coupable tous les avantages qu'il pouvait prétendre par suite de la stipulation d'une communauté universelle. Mais, contrairement à cette assertion, il est bien à remarquer que cet article ne parle que des avantages que l'autre époux lui a faits par leur contrat de mariage, ce qui ne peut s'entendre que des avantages qui lui sont assurés par le contrat de mariage et qui en sont directement résultés, et non de ceux qui ne sont résultés plus tard que de circonstances tout à fait indépendantes de cet acte, et qui ne s'y rattachent qu'indirectement.

» Lorsque des époux se marient sous le régime de la communauté universelle, on ne peut préciser, au moment du contrat, dans quel rapport seront, lors de la dissolution du mariage, les biens de l'avoir commun provenus de l'un des époux avec ceux qui sont provenus de l'autre. Celui des époux qui était sans patrimoine lors de la célébration du mariage peut, par suite de successions ou de donations, verser plus tard dans la communauté pendant le mariage plus de biens que l'autre époux n'en avait apporté d'abord. L'arrêt attaqué constate que Vandervoorde n'était pas orphelin lors de son mariage, qu'il avait encore ses parents, qu'il avait des héritages à faire; or si les successions dont il avait l'expectative se fussent ouvertes avant cette époque, qui peut répondre que l'inégalité dont la demanderesse se prévaut eût encore existé dans les apports des deux époux, dans la communauté universelle, et que même elle ne se fût pas déplacée? Cette inégalité ne provient pas du contrat: elle tient à des

événements de vie ou de mort arrivés depuis le mariage, et les avantages qui en sont résultés en faveur du défendeur pour le partage de la communauté universelle ne sont pas des avantages que la demanderesse lui avait faits par son contrat de mariage, mais des avantages provenus de chances favorables à la suite d'une convention dont les effets devaient être aléatoires.

» C'est donc forcer les termes de l'article 299 que de prétendre qu'ils sont d'une généralité qui les rend applicables dans la cause.

» Notre opinion trouve sa confirmation dans l'exposé des motifs et dans le rapport au Tribunat du chapitre du Code civil sur les effets du divorce. — Dans l'exposé des motifs, Treilhard disait que l'époux contre qui le divorce a été prononcé ne doit pas conserver les avantages *qui lui avaient été assurés par son contrat de mariage*, puisqu'il s'est placé au rang des ingrats, et Savoie-Rollin disait aussi, dans son rapport au Tribunat, que l'époux accusateur doit conserver les avantages que l'époux coupable *lui avait assurés*. L'un et l'autre ont parlé des avantages dont il s'agit dans l'article 299 et dans l'article 300 comme d'avantages certains acquis au jour de la célébration du mariage, ce qui exclut ceux qui ne sont qu'éventuels. On voit aussi, dans les motifs, que Treilhard les qualifiait de libéralités. La disposition de l'article 299 étant de nature pénale, elle doit être strictement interprétée.

» Dans la supposition qu'on puisse admettre que les stipulations de communauté universelle des biens présents et à venir ne sont pas toujours, dans les contrats de mariage, de simples conventions commutatives, mais que parfois elles doivent être considérées comme des avantages d'un des époux envers l'autre, ce ne peut être que quand il est apparent que les inégalités de fortune qui existent présentement entre les époux existeront encore à la dissolution du mariage ; l'arrêt attaqué ne constatant pas que les époux Vandevoorde-Steyaert appartinssent à des familles de condition différente, et que

le mari fût sans l'espoir fondé, à l'époque du mariage, de recueillir un jour des biens à lui propres, provenant de ses père et mère ou d'autres parents, la stipulation de communauté universelle des biens présents et à venir ne pouvait revêtir, dans l'espèce, le caractère d'un avantage fait au mari par la femme. Elle le pouvait d'autant moins que le contrat de mariage, prévoyant dans son article 3 le cas où le futur époux viendrait à prédécéder, sans laisser d'enfant à sa femme et sans avoir encore recueilli la succession d'un de ses parents, disposait qu'en ce cas tous les biens de la communauté universelle seraient dévolus à l'épouse survivante et n'accordait aux héritiers du défunt que le droit de reprendre ce qu'ils parviendraient à prouver qu'il avait reçu de ses parents, et qu'il avait apporté dans la communauté, lors du mariage ou depuis lors. Pareille clause témoignait d'une humeur peu libérale et n'annonçait pas l'intention, chez la future épouse, de faire par son contrat de mariage, ni des actes de libéralité proprement dits, ni d'autres avantages dont cette clause atteste qu'elle se prévaudrait.

» En présence des termes restrictifs de l'article 299, il nous semble superflu de rechercher avec le pourvoi ce qu'en thèse générale il faut entendre par avantages dans diverses dispositions du Code, au titre du contrat de mariage, et si cette expression y comporte un sens plus étendu que celle de donation ou même de libéralité : nous croyons que, dans l'espèce, la stipulation de communauté universelle ne constituait pas un avantage, et que, dût-elle être considérée comme telle, l'article 299 ne disposant que pour les avantages *assurés* par le contrat de mariage n'était pas applicable et n'a pas été violé.

» On ne peut argumenter de ce que c'est accorder une prime à l'immoralité de laisser recueillir par un mari dont les excès, sévices ou injures graves contre sa femme ont provoqué le divorce, la moitié de tous les biens de celle-ci tombés dans la communauté universelle, qu'elle seule a enrichie; ni de ce que, sous l'empire des lois antérieures au Code, l'époux coupable ne pouvait

rien gagner, et l'époux innocent rien perdre par le divorce; ni de ce que l'article 299, ainsi compris, ne serait guère en rapport avec d'autres dispositions du Code relatives aux droits respectifs des époux; ces arguments viennent se heurter contre le texte même de la loi et contre les paroles des orateurs du gouvernement. »

920. Par application de ces principes on doit décider que la stipulation de communauté universelle, n'étant pas par elle-même une libéralité, n'est sujette à la révocation prononcée par l'article 299 du Code civil, à l'égard des libéralités ordinaires faites par contrat à l'époux contre lequel le divorce est obtenu, que dans le cas où il apparaitrait clairement que les parties ont voulu masquer une véritable donation sous les apparences d'un contrat commutatif. — (Trib. Bruges, 26 févr. 1872, *Pasicrisie belge*, 73. 3. 234, *Belgique judiciaire*, 72. 650. — Gand, 24 avr. 1873, *Pasicrisie belge*, 73. 2. 296, *Belgique judiciaire*, 73. 949.)

921. On doit encore décider par les mêmes motifs que la clause d'un contrat de mariage qui permet au futur époux de prélever son apport, en cas de dissolution de la communauté autrement que par décès, ne renferme pas un avantage dans le sens de l'article 299; ce n'est que la reprise d'un bien réservé. — (Bruxelles, 15 janv. 1863, *Pasicrisie belge*, 63. 2. 128.)

922. Nous avons dit qu'en second lieu, pour tomber sous l'application de l'article 299, il fallait que les libéralités eussent été faites entre époux, d'où l'on doit conclure d'abord qu'il ne s'agit pas ici des libéralités faites aux enfants. Par exemple, si le mari avait donné la nue propriété à son enfant et l'usufruit à la mère, la donation de l'usufruit serait seule révoquée par la séparation de corps ou le divorce. — (Cass., 21 juill. 1815, S. et P. chr.)

Il en résulte encore que la déchéance de l'article 299 ne s'appliquant qu'aux avantages faits soit par le contrat de mariage, soit depuis la célébration, ne saurait atteindre

les présents de noces, tels que la corbeille de mariage ou autres dons non énumérés dans le contrat. — (Rouen, 25 mars 1846, D. P. 47. 2. 27.—*Sic*, Massol, n. 47.)—Car à l'époque où se font généralement ces dons et présents de noce, les époux ne sont pas mariés; on ne peut donc considérer de semblables libéralités comme faites entre époux.

923. Mais on doit considérer comme rentrant dans la catégorie des libéralités prévues par l'article 296 les legs contenus dans un testament.

La séparationde corps (ou le divorce) entraîne donc ainsi, à l'égard de l'époux contre qui elle a été prononcée, la révocation des legs que l'autre époux avait faits en sa faveur antérieurement : à cet égard, l'article 299, qui déclare que l'époux contre lequel le divorce a été admis perd les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis, comprend dans ce mot *avantages* les legs comme les donations entre vifs. — (Cass., 5 déc. 1849, S. 50. 1. 6, P. 50. 1. 5, D. P. 50. 1. 33.—Nancy, 16 févr. 1850, S. 52. 2. 521, P. 52. 5. 437, D. P 51. 2. 34. — Lyon, 26 janv. 1861, S. 61. 2. 533, P. 62. 1122. — *Sic*, Nicias Gaillard, *Rev. de législ., loc. cit.;* Marcadé, sur l'art. 311, n. 2, et *Rev. crit.,* t. 1, p. 462; Rodière et Pont, t. 3, p. 337; Troplong, *Donat. et testam.*, t. 4, n. 2198, Laurent, t. 3, n. 304. — *Contrà*, Aubry, et Rau, t. 5, p. 209, § 494.)

924. Voici sur la question qui nous occupe une hypothèse curieuse qui s'est présentée en Belgique : un mari demandeur en divorce constitue à sa femme une pension alimentaire pour le cas où le divorce serait prononcé. Doit-on considérer cette pension comme l'accomplissement d'un devoir naturel ou comme une donation tombant sous l'action révocatoire de l'article 299 ? Le tribunal civil de Bruges, devant qui la question s'est posée, n'a admis ni l'une ni l'autre de ces deux solutions. Dans son jugement du 24 mai 1884, il a décidé que la donation de-

vait être annulée comme reposant sur une cause illicite. Voici les motifs de cette décision. (*Journal des tribunaux belges*, n. du 8 juin 1884.)

« Attendu, au fond, que l'acte du 17 juin 1874 (par lequel le défendeur, alors qu'il demandait le divorce contre la demanderesse actuelle, a constitué à cette dernière une pension alimentaire pour le cas où le divorce serait prononcé) contient un avantage fait par le défendeur à la demanderesse; que, vainement, on soutient que ledit acte ne constitue point une donation, mais est la consécration d'une obligation naturelle ; qu'à raison des faits et circonstances de la cause, il ne peut s'agir, dans l'espèce, d'une obligation naturelle ; qu'en effet, le divorce ayant été prononcé pour cause d'adultère et d'injures graves de la demanderesse, il ne pouvait y avoir de la part du défendeur aucun devoir de justice, d'honneur, ni de conscience, à constituer la pension alimentaire dont il s'agit; d'où suit que la constitution de cette pension doit être envisagée comme un acte de pure libéralité;

» Attendu que la donation querellée ne peut avoir été révoquée, ni en vertu de l'article 299, ni en vertu de l'article 960 du Code civil; qu'une disposition qui, aux yeux de la loi, n'a jamais eu d'existence, ne peut être révoquée; que la donation dont il s'agit était, dès son origine, nulle de plein droit comme contraire à l'ordre public et ayant une cause illicite ;

» Attendu, en effet, que si les époux, en vue de la dissolution du mariage, se sont fait des avantages et si cette dissolution s'opère par le divorce, l'époux coupable perd, aux termes de l'article 299 du Code civil, tous les avantages que lui a faits l'autre époux; que le législateur a voulu empêcher que l'époux contre lequel le divorce est admis puisse espérer conserver, après le divorce, un avantage quelconque à prendre sur les biens de son ancien conjoint; que cette prohibition est d'ordre public ; que la disposition de l'article 299 est essentiellement pénale et qu'il ne dépend point des parties d'abolir ni d'éluder la peine prononcée par la loi;

» Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que, par application de ces principes, la convention par laquelle, dans une instance en divorce, l'un ou l'autre des époux renonce au bénéfice de la révocation instituée par l'article 299, est nulle de plein droit en vertu des articles 6 et 1133 du Code civil ; qu'à plus forte raison, et en vertu des mêmes principes, il doit en être de même de la disposition par laquelle, pendant une instance en divorce, l'époux innocent promet, comme dans l'espèce, un avantage spécial à son conjoint coupable, en vue du divorce ;

» Attendu que, vainement, on dirait que la dissolution du mariage par le divorce n'est qu'une condition jointe à la donation faite par le défendeur ; qu'il est constant que la rente dont s'agit a été constituée par le motif que le divorce allait être prononcé ; que, sans cela, la disposition querellée n'eût pas été faite et que telle en a été la cause impulsive et déterminante ; que cette cause est illicite ; qu'en effet, il y a cause illicite quand la convention blesse un intérêt général ; qu'il en est ainsi, dans l'espèce, puisque la donation dont s'agit viole la prohibition d'ordre public, résultant de l'article 299 du Code civil, et supprime la peine comminée par la loi dans cet article ;

» *Par ces motifs.....* »

925. La femme contre qui la séparation de corps a été obtenue perd tous ses droits, en cas de veuvage, à toutes pensions civiles ou militaires. — (Loi 11 avr. 1831, art. 20; loi 18 avr. 1831 sur les pensions de l'armée de mer, art. 20 ; loi 9 juin 1858 sur les pensions civiles.) — Cette déchéance en matière de séparation de corps repose sur une cause analogue à celle qui motive la révocation des donations pour ingratitude.

Si nous nous plaçons au point de vue du divorce, il est évident que la même déchéance, basée sur les mêmes raisons, sera encourue par la femme défenderesse contre qui le divorce aura été obtenu ; mais, dans cette dernière hypothèse, on aura une raison péremptoire de décider ainsi qui effacera naturellement toutes les autres. Si en

matière de séparation il s'agit d'une déchéance, en matière de divorce il s'agit d'une impossibilité; le mariage n'existe plus. Celle qui fut épouse devient étrangère, elle n'aura donc jamais la qualité de veuve qui lui donnait droit à la pension.

926. La femme d'un militaire contre laquelle la séparation de corps est obtenue n'a pas le droit de pratiquer une saisie-arrêt sur la pension de retraite de son mari, pour obtenir le paiement de la pension alimentaire qui lui a été accordée. C'est en vain qu'elle prétendrait que l'insaisissabilité des pensions militaires de retraite, consacrée par l'article 28 de la loi du 11 avril 1831, dans les circonstances prévues par les articles 203 et 205 du Code civil, doit, par un emprunt à l'article 20 de la loi du 19 mai 1834, être étendue au cas de l'article 214 du Code civil, obligeant le mari à fournir à sa femme ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Cet article est inapplicable à la femme qui a encouru la séparation de corps ou le divorce, et qui peut seulement puiser dans la disposition générale de l'article 212 le principe d'un secours alimentaire. — (Cass., 24 déc. 1883, art. 6044, *Journal des avoués.*) — On peut se demander, non sans raison, si la distinction établie par cette décision ne laisse pas trop de champ à l'arbitraire. Le renvoi fait par l'article 20 de la loi du 19 mai 1834 à l'article 214 du Code civil, en ce qui concerne l'insaisissabilité des pensions miiitaires, ne peut être invoqué par la femme dont la séparation de corps ou le divorce est prononcé, parce que l'article 214 n'est fait qu'en faveur de la femme non divorcée. Pourquoi cette exception ne serait-elle pas étendue, en vertu même de l'esprit de la loi de 1834, aux prévisions générales de l'article 212 du Code civil, qui embrasse toutes les situations dans lesquelles peuvent se trouver les époux? Un arrêt de la Cour de Toulouse, du 18 janvier 1840, décide, en effet, que si, par une dérogation expresse au droit commun, par un privilège très exceptionnel, l'article 28 de la loi du

traire sur l'indissolubilité du mariage qui n'est pas détruite par la séparation de corps. On peut citer en ce sens : Cass., 13 juill. 1813, D. A. 11. 917, *Rép.*, v° *Séparation de corps*, n. 366. — Bruxelles, 25 mars 1813, S. et P. chr. — Riom, 5 nov. 1848, S. 48. 2. 199, P. 48. 1. 730, D. P. 48. 2. 96. — Douai, 10 mai 1847, S. 48. 2. 194, P. 48. 1. 727, D. P. 49. 2. 94. — *Sic*, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, p. 415 ; Coin-Delisle, sur l'art. 959, n. 4 et 5 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, p. 281 ; Demante, t. 2, n. 29 *bis*. — Mais cette opinion a disparu avec la jurisprudence qui refusait d'appliquer à la séparation de corps l'article 299. (V. *suprà*, n. 915 et suiv.)

931. Aujourd'hui, la jurisprudence est unanime à décider que la révocation des avantages matrimoniaux par la séparation de corps a lieu de plein droit. — (Cass., 5 déc. 1849, S. 50. 1. 6, et les conclusions de Nicias Gaillard, D. P. 50. 1. 33. — Nancy, 16 févr. 1850, S. 52. 2. 521, P. 52. 2. 437, D. P. 51. 2. 34. — *Sic*, Massol, p. 340 ; Demolombe, t. 4. n. 227 ; Laurent, t. 3, n. 305 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 299, n. 17 et suiv.)

Dès lors, la révocation dont il s'agit peut être invoquée, non seulement par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, mais par toute personne y ayant intérêt. — (Lyon, 26 janv. 1861, S. 61. 2. 553.)

Il a même été jugé que la révocation des avantages matrimoniaux remonte, avant la prononciation du jugement jusqu'à l'époque de l'admission de la demande. — (Bruxelles, 28 avr. 1806, S. et P. chr. — V. Laurent, t. 3, n. 302.)

Du reste, si l'époux demandeur vient à mourir avant la prononciation du divorce (ou de la séparation de corps), il n'y a pas de déchéance. — (Cologne, 26 nov. 1826, *Belgique judiciaire*, t. 17, p. 1385. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 302. — *V.* sur le point de savoir si les héritiers peuvent continuer l'action au point de vue de la révocation des avantages matrimoniaux, *suprà*, n. 180 et suiv.)

932. Si la séparation (ou le divorce) a été prononcée contre l'un et l'autre époux, la révocation des avantages

qu'ils se sont respectivement faits a lieu à l'égard de tous deux : il n'y a pas, dans ce cas, place pour l'application de l'article 300. — (Paris, 8 août 1853, précité; 20 août 1862, S. 62. 2. 443, P. 63. 89. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 416 et 530 *bis*.)

933. Quand le divorce est demandé par l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, l'article 299 du Code civil doit être appliqué de telle façon que c'est l'époux défendeur en séparation de corps, demandeur en divorce, qui perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. — (Trib. Bruxelles, 9 avr. 1859, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 59-60. 83, *Belgique judiciaire*, 59. 581.)

Mais l'époux demandeur en séparation de corps qui laisse, après trois années, prononcer contre lui le divorce à la requête du défendeur originaire, ne perd pas ses avantages matrimoniaux. — (Trib. Bruxelles, 23 juill. 1863, *Belgique judiciaire*, 63, 1142, *Jurisprudence des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 63. 64. 510. — Bruxelles, 19 avr. 1864, *Pasicrisie belge*, 64. 2. 301, *Belgique judiciaire*, 64. 613. — Cassation belge, 24 mars 1865, *Pasicrisie belge*, 65. 1. 147, *Belgique judiciaire*, 65. 433.)

3e Question.

934. Il nous reste à nous demander quels sont les effets de la révocation des avantages matrimoniaux. Au point de vue de l'époux, la question peut sembler puérile : il est dépossédé voilà tout; mais la question devient très intéressante quand on se place au point de vue des tiers.

En principe, cette révocation ne doit porter aucune atteinte aux trois acquis des tiers, c'est-à-dire à ceux qu'ils ont avant la demande acquis de bonne foi sur les biens donnés; il a été cependant jugé, au contraire, que cette révocation a pour effet de faire rentrer les biens donnés,

dans les mains de l'époux donateur, libres de toutes charges créées par l'époux donataire; en sorte que les aliénations ou les hypothèques qu'il a pu consentir antérieurement se trouvent anéanties et éteintes au préjudice des tiers. — (Pau, 8 août 1853, S. 53. 2. 495, P. 56. 1. 45, D. P. 53. 2. 248.)

Cette décision nous paraît contraire non seulement à l'équité, mais encore au droit; nous avons dit en effet (*suprà*, n. 914 et suiv.) que le législateur, dans l'article 299, s'était inspiré du principe de la révocation des donations pour cause d'ingratitude. S'il en est ainsi, pourquoi apporterait-on aux conséquences d'une telle révocation une exception que la loi n'a point prévue? Nous pensons donc que la révocation des avantages matrimoniaux par le divorce ou la séparation de corps ne peut en aucune façon, léser les droits acquis des tiers sur les biens donnés. — (Cass., 30 août 1865, S. 66. 1. 9, P. 66. 11, et la note de M. Am. Boullanger. — *Sic*, Mimerel, *Rev. crit.*, t. 5, 1855, p. 527; Rodière, note sous Pau, 8 août 1853, P. 54. 1. 45; G. Demante, *Rev. crit.*, t. 29, 1866, p. 385; Laurent, t. 3, n. 306; Aubry et Rau, t. 5, p. 209, § 494.)

935. Au surplus, l'article 299 est complété par l'article 300. Ce dernier ne s'occupe que du demandeur. « L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu. » On conçoit que, d'après le sytème adopté par les auteurs du Code civil (V. *suprà*, n. 914 et suiv.), c'est-à-dire l'assimilation du défendeur en divorce à l'ingrat, la déchéance ne pouvait être encourue par le demandeur. « La déchéance qu'on prononcerait contre lui, disait Treilhard, serait doublement injuste en ce qu'elle frapperait l'innocent pour récompenser le coupable; il ne faut pas qu'un époux puisse croire qu'il anéantira les libéralités qu'il regrette peut être d'avoir faites, en forçant l'autre époux à se sauver de sa fureur par le divorce. »

936. Il va sans dire, au surplus, que l'article 300, comme le précédent, dont il n'est que le complément, est, par identité de motifs, applicable à la séparation de corps. — (Massol, p. 337; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 300, n. 1; Demolombe, t. 4, n. 527; Laurent, t. 3, n. 354.)

Les avantages entre époux dont il est parlé, pour le cas de divorce, aux articles 299 et 300 du Code civil, ne peuvent s'entendre que de libéralités, de dons purement gratuits, faits par l'un des époux au profit de son conjoint. Ces qualifications ne peuvent s'appliquer aux gains et bénéfices résultant d'une communauté universelle de tous biens stipulée par contrat de mariage, lesquels ne sont pas frappés de la révocation prononcée par l'article 299 du Code civil. — (Cass., 29 oct. 1874, *Pasicrisie belge*, 75, 1. 7, *Belgique judiciaire*, 75. 149.)

937. Le divorce dissout la communauté. — (C. civ., article 1441.)

Aux termes de l'article 1452 du Code civil, la dissolution de la communauté opérée par le divorce ou la séparation de corps ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle de son mari. L'article 1452, bien qu'il ne parle que des gains de survie de la femme, parce que c'est l'hypothèse que les auteurs du Code civil ont considérée comme la plus fréquente, *id quod plerumque fit*, est néanmoins applicable aux droits de survie du mari. Ainsi, le mari donataire à titre de gain de survie de la dot que sa femme lui a apportée en mariage ne pourrait, en cas de séparation de corps ou de divorce prononcé sur sa demande, être autorisé à conserver le montant de cette dot. — (Rouen, 25 mars 1847, D. P. 47. 2. 27.)

938. Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses

droits au préciput en cas de survie. Si c'est la femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution (art. 1518, C. civ.). — Cette disposition ne s'oppose pas à ce qu'il soit stipulé que le préciput pourra s'ouvrir en cas de séparation de corps ou de divorce. Par exemple, une femme pourrait stipuler, en se mariant sous le régime de la communauté, un préciput qui s'ouvrirait à son profit par la séparation de corps, alors même que, dans cette hypothèse, elle renoncerait à la communauté. — (Limoges, 4 août 1849, D. P. 50. 5. 71). — Mais si ce préciput n'était pas expressément stipulé, en cas de dissolution de la communauté du vivant des deux époux, soit par le divorce, soit par la séparation de corps, la stipulation serait présumée de plein droit prévoir le cas de survie, et cette circonstance la rendrait nulle.—(Toullier, t. 2, n. 740.)

939. Pourrait-on déroger à ces règles par une convention contraire? Pourrait-on, par exemple, stipuler dans le contrat de mariage que les avantages convenus recevraient leur exécution dans tous les cas de dissolution de la communauté? Et l'époux défendeur conserverait-il, en vertu d'une pareille clause, tous ses droits de survie? Évidemment, non. — Une telle clause, en tant qu'elle aurait en vue l'éventualité d'un divorce, serait contraire à la loi. — Il faut encore appliquer ici l'article 299; « il n'est pas permis, comme le dit fort bien Toullier (t. 2, n. 744), de promettre d'avance l'impunité d'une action que la loi désapprouve et punit. »

Toutefois, le même auteur enseigne (t. 13, n. 398) que, dans le cas de la séparation de corps ou de biens, la condition de survie n'a pas lieu et que le droit au *préciput* s'ouvre immédiatement. Cette opinion est partagée par Duranton (t. 13, n. 181.)

940. Il y a une distinction à faire dans l'application de l'article 1452, suivant que les gains de survie doivent, d'a-

près ce contrat, être prélevés sur les biens présents du mari ou sur ceux qu'il laissera à son décès. — Dans cette dernière hypothèse, l'application de l'article 1452 ne ferait pas obstacle aux transactions qui pourraient intervenir ultérieurement au divorce entre les anciens époux relativement à la liquidation de la communauté qui a existé entre eux, à condition, bien entendu, que les clauses de cette transaction n'offrissent par elles-mêmes rien de contraire aux lois et particulièrement aux prescriptions spéciales de l'article 1452. Ainsi la femme pourrait renoncer à son gain de survie éventuel moyennant une somme d'argent qu'elle toucherait immédiatement, si le gain de survie consiste en une somme fixe à prendre sur les biens présents du mari. — Mais elle ne pourrait renoncer ainsi à ses avantages de survie, s'ils consistaient en une quotité en usufruit, ou même en propriété des biens que le mari laissera à son décès. — (Cass., 16 août 1841, P. chr.)

941. Dans cette dernière hypothèse, l'époux auquel les gains de survie ont été accordés ne peut, au cas de divorce ou de séparation de corps, pratiquer sur les biens de son conjoint des mesures conservatoires, tandis qu'il aura, au contraire, ce droit, si les gains de survie en question étaient stipulés sur les biens présents, c'est-à-dire sur les biens existant au moment du mariage.

942. L'article 1452 n'est pas limitatif; ce n'est pas non plus une disposition d'ordre public.

Mais il ne s'applique qu'à l'hypothèse proprement dite de dispositions ou libéralités stipulées pour le cas de survie. Ainsi, lorsqu'un contrat de mariage porte que, dans tous les cas de dissolution de la communauté, la femme touchera tel préciput, elle ne pourra être autorisée à toucher ce préciput sans attendre la mort naturelle du mari. — (Cass., 6 janv. 1808, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2068—Zachariæ, Massé et Vergé, t. 4, § 662, p. 206; Aubry et Rau, t. 5, § 529, p. 503 ; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, n. 2223.)

943. Mais il a été décidé, avec raison suivant nous, que lorsqu'un contrat de mariage porte la clause suivante : « Si le futur époux venait à prédécéder sans descendance et avant d'avoir recueilli la succession d'un de ses parents, ses héritiers légaux n'auraient à prétendre sur la communauté que ce qu'ils justifieraient avoir été reçu par le défunt de sesdits parents, soit au moment de contracter mariage, soit postérieurement, et le restant appartiendrait à la future », cette clause, bien que n'étant qu'un simple pacte de partage de la communauté et non la stipulation d'un droit de survie tombant sous l'application de l'article 1452 du Code civil, ne pourrait être étendue à l'hypothèse d'une dissolution du mariage par le divorce, que le contrat ne prévoit même pas implicitement. — (Trib. Bruges [Belgique], 26 févr. 1872, *Belgique judiciaire,* 72. 650. — Et sur appel, Gand, 24 avr. 1873, *Belgique judiciaire,* 73. 949, *Pasicrisie belge,* 73. 2. 296.)

944. Les effets de l'ouverture des gains de survie doivent être réglés par la loi en vigueur au moment du mariage et non par celle en vigueur au moment où la séparation ou le divorce a été prononcé. — (Cass, 5 avr. 1830, S. et P. chr. — Chambéry, 28 févr. 1862, S. 63. 2. 7, P. 63. 614 ; Cass., 14 juill. 1863, S. 63. 1. 333, P. 63. 952, D. P. 93. 1. 411. — *V.* en ce sens Merlin, *Quest.* v° *Douaire*, § 6, et *Rép.*, v° *Gains nuptiaux*, § 2 ; Dutruc, *Séparation de biens*, n. 407 ; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. 3, n. 2217, note ; et Aubry et Rau, t. 1, p. 74, § 30.)— Il en résulte, par exemple, qu'une femme mariée sous l'empire de la loi sarde pourrait, même depuis la promulgation en Savoie des codes français, en cas de divorce, comme dans les autres hypothèses prévues en l'article 1452, exiger que, conformément à la loi sarde, le montant du gain nuptial lui fût intégralement versé.—Arg. en ce sens, Chambéry, 14 juill. 1863, et Cass., 28 févr. 1862, précités.)

945. Aux termes de l'article 1463, la femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et

quarante jours après le divorce ou la séparation de corps définitivement prononcés, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé. Cette disposition est absolue; ainsi la femme divorcée qui veut conserver la faculté d'accepter, après le délai fixé par l'article 1463, doit avant l'expiration de ce délai demander en justice une prorogation; il n'y a pas pour elle d'autre moyen d'éviter la déchéance édictée par ce texte. Ainsi, les arrangements ou commencés ou convenus entre la femme et le mari divorcés, les correspondances échangées à ce sujet, rien ne pourrait suppléer à la décision de justice. — (Paris, 2 avr. 1840, D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2128, et cette déchéance étant absolue ne pourrait être couverte, même au cas de séparation de corps, par une acceptation ultérieure, même du consentement du mari.— (Agen, 21 déc. 1869, S. 70. 2. 274, P. 70. 1075, D. P. 70. 2. 160. — Troplong, *Contrat de mariage*, t. 9, n. 1577; Marcadé, sur l'art. 1463, n. 2; Rodière, Aubry et Rau, t. 5, § 517, note 15; Laurent, t. 22, n. 411; Pont, *Contrat de mariage*, t. 2, n. 1041.)

946. La juridiction compétente pour accorder à la femme une prorogation de délai, dans les termes de l'article 1463 du Code civil, est le tribunal qui a prononcé la séparation oule divorce. Si la cause était en appel, l'exécution de l'arrêt appartenant à la Cour, c'est à elle que la femme devrait s'adresser pour réclamer la prorogation du délai fixé par l'article 1463.

947. La présomption résultant contre la femme de l'article 1463 n'est pas une présomption *juris* et *de jure*, mais *jure tantum;* elle peut donc être combattue par de simples présomptions contraires.

Mais quelle condition doit remplir l'acceptation de la femme pour rendre inapplicable la présomption résultant contre elle de l'article 1463 ?

948. Cette acceptation doit-elle être expresse ou peut-elle seulement être tacite? Aucune forme n'est exigée pour cet acte, et la femme peut faire une acceptation tacite. — (Cass., 21 juill. 1831, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2122; 8 févr. 1843, S. 43. 1. 189, P. 43. 1. 633. — Paris, 2 mai 1850, S. 51. 2. 26, P. 50. 1. 534, D. P. 50. 2. 186. — Rennes, 26 juin 1851, S. 52. 2. 10, P. 31. 2. 624, D. P. 52. 2. 246. — Cass. 14 mars 1855, S. 55. 1. 335, P. 56. 1. 297, D. P. 55. 1. 63; Rodière et Paul Pont, *Contrat de mariage*, t. 2, n. 1044; Troplong, *id.*; t. 3, n. 1581; Pont, *Revue critique*, t. 1, p. 210; Aubry et Rau, t. 5, § 517, note 14; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 4, § 650, note 36. — *Contrà*, Massol, *Séparation de corps*, p. 20.)

949. On pourrait induire l'acceptation de la communauté du fait par la femme d'avoir toujours, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, manifesté l'intention d'adopter cette résolution, et de lui avoir donné un commencement d'exécution en provoquant le partage et la liquidation.—(Paris, 2 mai 1850, S. 51. 2. 26, P. 50. 1. 534, D. P. 50. 2. 186.—Cass., 14 mars 1855, S. 55. 1. 335, P. 56. 1. 297, D. P. 55. 1. 63.)

950. L'acceptation tacite de la communauté par la femme pourrait encore résulter d'un ensemble de circonstances telles que le fait : 1° après s'être réservé, à l'ouverture de l'inventaire, d'accepter ou de répudier la communauté, de n'avoir formulé aucune réserve contre la clause de cet inventaire, portant que le mari devrait représenter au partage les objets inventoriés dont il restait dépositaire; 2° d'avoir prié le notaire de conserver les titres et papiers jusqu'à la liquidation; 3° d'avoir cité le mari en conciliation aux fins de liquidation et partage dans le délai imparti pour accepter; 4° enfin d'avoir, après l'expiration dudit délai, continué l'affaire. — (Caen, 10 nov. 1843, D. P. 45. 1. 128.)

On a même décidé que l'intention, formellement ma-

nifestée par la femme avant l'instance, d'accepter la communauté, suffirait pour faire présumer une acceptation tacite, alors même qu'elle aurait laissé s'écouler le délai de l'article 1463. — (Caen, 21 juin 1831, S. 31. 1. 268, P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2123.)

951. On doit encore, d'après les mêmes principes, considérer comme ayant accepté la communauté la femme qui, en formant sa demande en séparation de corps ou en divorce, a conclu à la liquidation et au partage de la communauté. — (Lyon, 24 déc. 1829, S. et P. chr. — Paris, 2 mai 1850, S. 51. 2. 26, P. 50. 534, D. P. 50. 2. 186.) — Celle qui, soit pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, soit ultérieurement et après des conclusions destinés à faire fixer la consistance de la communauté, a formé saisie-arrêt contre les débiteurs de son mari, ou a fait à ce dernier commandement de lui payer ses reprises sans préjudice des droits qu'elle peut prétendre sur la communauté. — (Cass., 14 mars 1855, S. 55. 1. 335, P. 56, 1. 297, D. P. 55. 1. 63.)

952. Il y a une question d'appréciation du domaine exclusif du fond, quant aux circonstances qui constituent, de la part de la femme, une acceptation tacite suffisante pour l'empêcher d'encourir la déchéance. — Les juges feront bien de n'admettre contre la présomption de l'article 1463 que des circonstances faisant présumer une acceptation véritable, et non pas seulement de simples hésitations et l'intention de garder une porte ouverte à tout événement. On ne pourrait, par exemple, considérer comme une preuve suffisante d'acceptation tacite la circonstance que la femme se serait fait délivrer ses linges et hardes à son usage personnel. — (Rouen, 10 juill. 1826, S. et P. chr., D. *Rép.* v° *Contrat de mariage*, n. 2242 et 2250.) — On a également décidé que l'acceptation de la communauté ne saurait s'induire de l'enlèvement, même ostensible, que la femme aurait fait des effets de cette communauté au mo-

ment de quitter le domicile conjugal. — (Poitiers, 23 févr. 1842, D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2124.)

953. Quant à la renonciation, puisque, par la disposition exceptionnelle de l'article 1463, elle est présumée, il est évident qu'elle n'est soumise à aucune formalité.

Mais il est bien entendu que la femme ne peut encourir déchéance que de son propre fait ; si, par exemple, elle prouvait que c'est par la faute de son mari qu'elle n'a pu prendre une détermination, ou même que toute autre circonstance indépendante de sa volonté l'a mise dans l'impossibilité de se prononcer avant l'expiration du délai, il est évident qu'on ne pourrait la considérer comme définitivement déchue du droit de prendre un parti; la seule difficulté, dans ce cas, sera celle de savoir combien de temps, une fois cette preuve faite, elle aura encore devant elle pour exercer son option. Nous croyons qu'en pareille occasion le délai ne peut courir que du jour où la femme était à même de se prononcer utilement pour l'acceptation ou la renonciation de la communauté ; c'est, du reste, cette solution qui paraît avoir réuni le plus de suffrages dans la pratique. Prenons des exemples : une femme a obtenu la séparation de corps ou de divorce, le mari emploie des manœuvres pour l'empêcher d'accepter la communauté ; il a consenti la vente d'un terrain dépendant de cette communauté, postérieurement à la prononciation du divorce, mais il s'est arrangé avec l'acquéreur pour antidater l'acte de vente. La femme attaque cet acte comme frauduleux, elle le fait annuler. Dans ce cas, il est bien certain que la femme ne pourra se prononcer utilement qu'après la fin de ce procès, et que, par conséquent, c'est à partir de ce moment seulement que les délais de l'article 1463 pourront commencer à courir contre elle. — (Cass., 31 janv. 1827, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2133.) — Il en serait de même, si cette communauté ne pouvait être liquidée qu'après un compte à rendre par le mari. — (Cass., 29 janv. 1818, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2132.) ..... —

Ou si, pour s'éclairer sur l'état de la communauté, la femme avait provoqué, pendant le délai de l'article 1463, un inventaire dont la clôture se trouverait retardée par des difficultés judiciaires que le mari aurait soulevées.— (Colmar, 8 août 1833, S. 34. 2. 229, P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2131.)

954. Au surplus, l'article 1463 dit que le délai de trois mois et quarante jours commencera à courir seulement du jour où le divorce aura été *définitivement prononcé*. D'où il suit qu'il faut que la décision judiciaire prononçant le divorce ait acquis l'autorité de la chose jugée par l'expiration du délai d'appel. On ne saurait donc faire partir le délai de déchéance de la signification du jugement, ni, *à fortiori*, de l'acquiescement. — (V. *suprà*, n. 331, et 648 et suiv. — V. aussi Cass., 2 déc. 1834, S. 34. 1774, P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2129. — Poitiers, 22 janv. 1842, D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2129 et 2122. — Colmar, 8 août 1833, S. 34. 2. 229, P. chr., D. *Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n. 2130 et 2131.)

955. La femme séparée de corps ou divorcée qui a à se plaindre d'un premier inventaire défectueux, par le fait de son mari, peut demander qu'il soit procédé à un nouvel inventaire, même par commune renommée, quoiqu'elle n'ait pas encore accepté la communauté. — (Angers, 15 juill. 1808, S. et P. chr.)

956. C'est du jour de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, et non du jour où la demande a été intentée, que la communauté est dissoute. — (Trib. Liège, 31 déc. 1851, *Recueil des décisions des tribunaux de première instance*, par Cloës et Bonjean, 54-55. 460, *Belgique judiciaire*, 52. 248.)

957. Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assu-

rer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder sur les biens de l'autre époux une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire (art. 301). L'article 301 était nécessaire pour le cas de divorce, car, dans cette hypothèse, les obligations résultant du mariage ont cessé d'exister avec lui. En matière de séparation de corps, une disposition spéciale serait inutile, puisque le mariage n'est pas dissous, et que, par conséquent, l'article 212 doit continuer à recevoir son application. La jurisprudence admet cependant que l'article 301 peut, en matière de séparation de corps, être invoqué aussi bien qu'en matière de divorce. — (Cass., 12 déc. 1848, S. 56. 2. 385, *ad notam*, P. 49. 1. 278; 2 avr. 1861, S. 61. 1. 410, P. 62. 145, D. P. 61. 1. 97; 7 avr. 1873 S. 73. 1. 337, P. 73. 817. — Rouen, 30 juill. 1862, S. 63, P. 63. 552. — Grenoble, 11 juill. 1863, S. 64. 2. 14, P. 64. 316.)

Nous n'hésitons pas à dire que cela nous paraît surabondant, à moins que dans l'espèce on ne considère l'article 301 comme une simple application de l'article 212. Il en résulte que les règles générales sur les aliments et les règles spéciales sur les aliments entre époux sont applicables à l'hypothèse de l'article 301. — (Laurent, t. 3, n. 309.) — C'est ce qu'on constate en examinant les espèces suivantes.

Par exemple, les aliments ne sont dus que si l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps est dans le besoin; il faut, de plus, que cette situation soit constatée au moment de la prononciation du divorce ou de la séparation de corps. Il ne suffit pas que, par des causes postérieures à cette prononciation, l'époux qui réclame se trouve dans l'indigence. — (Cass., 8 janv. 1806, S. et P. chr.)

958. Mais, en dehors de ce cas, il suffit que les besoins soient constatés ; peu importe que d'autres que le conjoint

auquel l'époux qui a obtenu la séparation pourrait légalement demander des aliments soient en mesure de lui en fournir. Ainsi, la femme qui obtient le divorce ou la séparation de corps peut réclamer une pension alimentaire contre son mari, quand même sa mère serait en situation de lui venir en aide. — (Gand, 25 mai 1849, *Pasicrisie belge*, 49. 2. 231. — *Sic*, Laurent, t. 3, n. 309. — V. *suprà*, art. 205, n. 85.)

La pension alimentaire doit être fixée d'après les conditions d'habitudes et de fortune des deux époux : ce n'est là qu'appliquer la règle générale du droit qui proportionne les aliments à la fortune de celui qui les doit, non moins qu'aux besoins de celui qui les réclame.

Le juge peut donc, pour fixer la pension alimentaire à laquelle une femme divorcée ou séparée a droit, tenir compte de ce que la fortune de cette femme, jadis mariée sous le régime de la séparation de biens, a diminué par suite de la vie commune : en cela, il n'impose pas au mari une indemnité à laquelle le régime sous lequel les époux ont été mariés se refuse; il ne fait qu'apprécier, selon son droit, la proportion d'après laquelle le mari est tenu de subvenir aux besoins de la femme. — (Cass., 30 août 1864, S. 64. 1. 487, P. 64. 1235. — *Sic*, Toullier, t. 2, n. 780; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 3, n. 4; Duranton, t. 2, n. 633; Vazeille, n. 588; Allemand, t. 2, n. 1440; Massol, p. 194; Chardon, p. 437; Demolombe, t. 2, n. 501; Marcadé, sur l'art. 311, n. 3; Demante, t. 2, p. 38, n. 30; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, n. 415; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 1, § 156, p. 280, texte et note 7; Valette, p. 247; Laurent, t. 3, n. 309.)

959. En fixant au tiers des revenus la pension alimentaire, le législateur a voulu qu'une fois la subsistance de l'époux demandeur assurée, on n'excédât pas le tiers des revenus; mais si le tiers des revenus était insuffisant pour subvenir aux besoins de l'époux qui a obtenu la séparation ou le divorce, les juges pourraient dépasser cette

proportion. — (Laurent, t. 3, n. 309.)... Et pour apprécier les revenus de l'époux qui a succombé dans une demande en divorce, à l'effet de fixer la pension qu'il doit fournir à son conjoint, les tribunaux doivent tenir compte non seulement du produit proprement dit, mais encore du capital. — (Bruxelles, 17 juill. 1852, *Pasicrisie belge*, 53. 2. 118.— *Sic*, Laurent, t. 3, n. 309.)

960. En accordant une pension alimentaire à l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée, le tribunal peut ordonner que l'autre époux débiteur de la pension assignera un capital pour sûreté du service de la rente ou déléguera un revenu libre et suffisant. — (Caen, 30 janv. 1828, S. et P. chr., D. P. 28. 1. 115.)

La pension alimentaire accordée à la femme par le jugement qui, sur sa demande, prononce sa séparation de corps ou le divorce pour lesquels elle a pris inscription sur les biens de son mari, n'est pas éteinte par la faillite de ce dernier. Par suite, la femme a droit à être colloquée sur le prix des biens hypothéqués pour le montant de cette pension. —(Cass., 14 juin 1853, S. 53. 1. 609, et la note de Devilleneuve, P. 55. 1. 506, D. P. 53. 1. 185. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 68 ; Massé et Vergé, 131, note 32, p. 226.)

961. La pension alimentaire peut être réduite en raison de la diminution des facultés du débiteur, surtout si elle a été réglée par une convention amiable.—(Metz, 10 sept. 1817, S. et P. chr.)

Mais de ce que la quotité de la pension est définitivement fixée par ce jugement, il résulte que l'époux qui la perçoit n'en peut exiger l'augmentation à raison de ses nouveaux besoins et de l'accroissement de fortune de l'autre époux.— (Besançon, 20 brum. an XIV, S. et P. chr. — *Contrà*, Bruxelles, 20 juin 1883, *Pasicrisie belge*, 83. 2. 328.) — Il nous reste à nous demander si l'obligation de payer une pension alimentaire à son conjoint divorcé ou séparé de corps, imposée à l'époux défendeur par

l'article 301, est susceptible de s'éteindre par d'autres circonstances que la révocation prévue au texte.

962. La première question qui se pose à ce sujet est celle de savoir si cette obligation s'éteint avec la personne du débiteur. Nous pensons, quant à nous, qu'elle passe à ses héritiers, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas de séparation de corps et celui de divorce. — (Cass., 18 juill. 1809, S. et P. chr., D. A. 1. 346; 2 avr. 1861, S. 61. 1. 410, P. 62. 145, D. P. 61. 1. 37. — Amiens, 28 mai 1825, S. et P. chr., D. P. 26. 2. 58. — Rouen, 30 juill. 1862, S. 63. 2. 63, P. 63. 552. — Grenoble, 11 juill. 1863, S. 64. 2. 14. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 5, p. 199, § 494. — *Contrà*, Dijon, 17 août 1860, S. 60. 2. 560, P. 61. 153. — Laurent, t. 3, n. 311.)

963. Pourrait-elle s'éteindre également par la renonciation du créancier? — Cela nous paraît être dans la nature des choses, car, s'il s'agit de divorce, les époux sont étrangers l'un à l'autre, et la renonciation est valable comme s'il s'agissait d'une rente servie à un tiers quelconque : une pareille transaction est parfaitement licite. Si au contraire il s'agit de séparation de corps et d'obligations dérivant du mariage, elles cessent d'exister si l'époux n'est plus dans le besoin ; or, s'il y renonce, c'est qu'il se trouve dans ce cas, ou que son conjoint a racheté la pension, de telle manière que lui, époux défendeur, y a trouvé son compte. — (Metz, 13 déc. 1822, S. et P. chr.— *Contrà*, Toulouse, 9 févr. 1816, S. et P. chr.)

Au surplus, le bénéfice de l'article 301 ne peut être revendiqué par l'un des époux qu'autant que celui-ci a seul obtenu la séparation ou le divorce; il ne saurait l'être au cas où la séparation ou le divorce a été prononcé en même temps à la requête de chacun des époux. — (Cass., 7 avr. 1873, S. 73. 1. 337, P. 73. 635.)

964. La loi du 20 septembre 1792, § 3, article 8, portait « qu'il serait alloué, dans tous les cas, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvera dans le besoin. »

Le Code civil, article 301, restreint cette disposition à l'époux sur la demande duquel le divorce a été prononcé.

Mais pour que l'époux divorcé à qui l'une et l'autre loi accordent des aliments en cas d'indigence obtienne une pension alimentaire de l'autre époux, à quelle époque faut-il que le besoin en soit constaté? Est-ce au moment de la prononciation du divorce, ou bien suffit-il que, par des causes postérieures à cette prononciation, il se trouve dans l'indigence?

Dans l'esprit comme dans l'expression de l'article 8, § 3, de la loi du 20 septembre 1792, la demande en aliments à former par l'un des époux contre l'autre doit l'être à l'instant même de la prononciation du divorce; et l'époux n'y est plus admissible pour cause d'indigence survenue après la dissolution du mariage.

965. Aux termes de l'article 174 du Code de procédure, la femme divorcée, assignée en qualité de commune en biens, aura trois mois du jour de la dissolution de la communauté pour faire inventaire, et quarante jours pour délibérer; si l'inventaire a été fait avant trois mois, le délai de quarante jours commencera du jour où il aura été parachevé. Si elle justifie que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois, il lui sera accordé un délai convenable pour le faire, et quarante jours pour délibérer, ce qui sera réglé sommairement. Cette disposition élève en faveur de la femme divorcée une exception dilatoire; ce n'est pas la seule qu'elle puisse invoquer qui ne soit pas formellement énumérée par la loi, mais qui résulte implicitement de l'article 187 du Code de procédure civile, d'après lequel la femme divorcée ou séparée ne pourra proposer ses exceptions dilatoires qu'à l'échéance des délais pour faire inventaire et délibérer; après l'expiration des délais impartis pour la première exception, la femme peut donc en proposer d'autres. La seule que la loi ait formellement prévue en dehors de l'article 174 du Code de procédure lui-même, c'est l'exception de garantie. En tous cas, il est bon de rappeler ici d'une manière

générale qu'on classe parmi les exceptions dilatoires toutes celles dont le but est de procurer au défendeur un délai pour défendre à l'ajournement quand il ne peut y répondre immédiatement ou quand il a droit à un terme. Par exemple, sont des exceptions dilatoires, que la femme divorcée pourra invoquer dans les termes de l'article 187 du Code de procédure, l'exception de *division* ou de *discussion*, celle résultant de ce que la demande intentée contre elle est prématurée, celle résultant de ce que, sur une demande en distraction d'immeubles saisis, le débiteur ni le premier créancier inscrit n'ont été mis en cause. — (Colmar, 18 avr. 1850, S. 54. 5. 331.)—Quant à l'exception dilatoire specifiée dans l'article 174, la femme divorcée ne pourrait l'invoquer contre des mesures conservatoires qu'elle aurait pu faire elle-même sans prendre qualité.

966. Il va sans dire, au surplus, que l'assignation peut être donnée à la femme dans les trois mois ; l'article 174 signifie seulement qu'avant l'expiration de ce délai elle ne peut être contrainte d'y répondre. Le délai pour faire inventaire et délibérer peut, d'ailleurs, être prorogé par le président du tribunal civil, statuant en référé sur la demande de la femme divorcée, si elle justifie que l'inventaire n'a pu être fait dans les trois mois. — (Paris, 11 fruct. an XIII, S. et P. chr., D. *Rép.*, v° *Référé*, n. 121-1°; 30 août 1830, S. et P. chr., D. *Rép.*, *loc. cit.*)

967. La jouissance légale des père et mère sur les biens de leurs enfants, n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé. — (Art. 386.)

Aucune difficulté ne peut s'élever au sujet de l'application de cet article en cas de divorce. Cet article n'est pas applicable à la séparation de corps. — (Proudhon, t. 1, n. 142; Favard, v° *Puissance paternelle*, sect. 2, § 3, n. 8; Duranton, t. 2, n. 635, et t. 3, n. 383; Allemand, *du Mariage*, t. 2, n. 1126 et 1127; Fuzier-Herman, *Code civil*

annoté, art. 386, n. 1. — *V.* cependant en sens contraire, Laurent, t. 4, n. 338 ; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 819.)

968. L'article 767 du Code civil porte : Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens passent au conjoint non divorcé, d'où il résulte naturellement que le conjoint divorcé ne peut prétendre aucun droit sur la succession de son ancien conjoint. Mais cette prohibition ne serait pas applicable au cas de la séparation de corps.

§ II. — Effets du divorce quant aux biens des enfants.

969. La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y a pas eu de divorce. — (Art. 304.)

Cet article, à juste titre, a vivement préoccupé nos législateurs. M. Ganault, à la Chambre des députés, en deuxième délibération, avait proposé un amendement dont le but était d'assurer sur la tête des enfants la transmission du quart des biens de chacun des époux divorcés dans le cas d'existence d'un seul enfant avant le divorce et du tiers dans les autres cas.

Par son amendement, M. Ganault invitait la Chambre à délibérer sur une des questions les plus difficiles parmi celles qui résultent de l'établissement du divorce, à savoir sur la situation des enfants au point de vue de la fortune.

Cet amendement est ainsi conçu :

I. — Remplacer les dispositions de l'article 304 du Code civil par celles-ci après :

« Dans le cas de divorce admis en justice pour cause déterminée, la propriété du quart des biens de chacun des deux époux sera acquise, de plein droit, à l'enfant issu de leur mariage, à partir de l'assignation délivrée en conformité des dispositions de l'article 241 du Code civil ;

» S'il y a deux enfants ou un plus grand nombre, la quote-part que la loi leur attribue sur les biens de leurs parents divorcés sera d'un tiers.

» L'exercice de ces droits demeurera toutefois suspendu et la jouissance des biens attribués par la loi à l'enfant sur la fortune de ses parents ou de l'un d'eux ne commencera réellement qu'après la réalisation de l'une des circonstances suivantes, savoir :

» 1° Quand il aura atteint sa majorité;

» 2° Quand, au cours de sa minorité, l'un des parents aura contracté un nouveau mariage ;

» 3° Quand celui des parents divorcés à qui la garde de l'enfant est confiée aura été destitué de la tutelle par jugement définitif rendu dans les formes prévues par l'article 448 du Code civil pour cause d'indignité résultant d'une condamnation criminelle à une peine afflictive et infamante, et d'une condamnation correctionnelle pour violences graves, mauvais traitements ou excitations à la débauche, habituellement exercés par lui sur la personne de son enfant mineur.

» Pour assurer la conservation des droits des enfants, leur liquidation et leur réalisation ultérieure, le conseil de famille réuni dans les conditions déterminées par les articles 239 et 407 du Code civil, sous la présidence du juge, et après que celui-ci aura constaté l'impossibilité pour les époux de se concilier, nommera, avant de se séparer, un subrogé-tuteur.

» Celui-ci, aussitôt après la réalisation du divorce, fera

procéder, contradictoirement avec chacun des époux divorcés, à l'inventaire régulier de ses biens tant mobiliers qu'immobiliers, en cherchant, s'il y a lieu, ceux des biens qui auraient été détournés par l'un ou l'autre des époux depuis le jour de l'assignation.

» L'assignation en sera publiée par extrait, ainsi qu'il est stipulé aux articles 866, 867 et 868 du Code de procédure civile pour les demandes en séparation de biens.

» En cas de nouveau mariage contracté par l'un des époux divorcés, le subrogé-tuteur est tenu, dans le mois qui suit la célébration, de faire inscrire l'hypothèque légale qui sera créée par la présente loi, par addition à celles déjà admises en l'article 2121, et dont les effets remonteront au jour de la nouvelle union.

» La quotité de biens à remettre à l'enfant par celui des parents qui aura contracté un nouveau mariage sera exigible dans l'année qui suivra la célébration et productive de frais ou d'intérêts au taux légal à partir dudit jour.

» A partir du même jour, et, pour le cas prévu par le paragraphe 3, n° 3, du présent article relatif à la destitution de tutelle, à partir du jugement définitif, le subrogé-tuteur devra faire liquider, sur les bases de l'inventaire dressé au moment du divorce, les droits que la loi confère à l'enfant.

» Le subrogé-tuteur, tenu de faire emploi, après avis préalable du conseil de famille, de tous capitaux par lui encaissés pour le compte du mineur, pourra remettre à celui des parents qui aura conservé la garde et la direction du mineur, et ce, même en cas de second mariage, les revenus nécessaires pour subvenir aux besoins et à l'éducation de celui-ci.

» Au cas de prédécès de l'enfant sans postérité, les biens à lui attribués sur la fortune de ses parents et existant encore en nature font, après déduction des

charges dont ils peuvent être grevés, retour à celui des parents du patrimoine de qui ils ont été détachés. »

II. — Ajouter aux dispositions de l'article 305 ce qui suit :

« La jouissance légale réservée par le présent article au père et à la mère sur la moitié de leurs biens attribuée par la loi à leurs enfants cesse en outre de plein droit :

» 1° Du jour où l'un des parents aura contracté un nouveau mariage ;

» 2° Du jour du jugement définitif prévu en l'article qui précède.

» En conséquence, dans le mois qui suit le nouveau mariage ou le jugement, un conseil de famille, formé dans les conditions prévues par les articles 406 et suivants du Code civil, procède à la nomination du subrogé tuteur, et celui-ci agit pour la liquidation des droits du mineur et leur réalisation dans l'année qui suivra le mariage, comme il vient d'être dit en l'article précédent. »

« Messieurs, l'amendement que j'ai l'honneur de soutenir devant vous me paraît répondre à une préoccupation générale et très légitime de l'opinion publique.

» Malgré les déclarations sorties de bouches assurément très autorisées, que vous avez entendues, dans les deux premiers jours de la discussion, l'impression qui résulte, selon moi, de ce long débat, c'est que, malgré son désir de faire quelque chose pour les enfants, la Commission n'a point abouti à un résultat satisfaisant. Tout en ayant fait de belles déclarations de principes, elle n'est point arrivée, en fait, à leur procurer une situation sérieuse.

» L'amendement que je vous propose a pour objet, Messieurs, de faire que ce que la loi, que ce que la Commission accepte déjà d'une façon si complète dans l'article 305, elle le fasse aussi dans le cas de l'article 304, c'est-à-dire qu'après avoir posé ce principe que, quand il y a divorce par consentement mutuel, les parents seront obligés de se dépouiller actuellement d'une partie de

leur fortune, il soit dit qu'il en sera de même dans les cas de divorce pour cause déterminée.

» Car si vous ne faites pas la même chose dans les deux cas, vous vous arrêtez à une pure question de forme, et vous ne faites pas aux enfants une situation aussi favorable dans le second cas que dans le premier. De plus, il surgira de la façon la plus facile, et je pourrais dire aussi la plus fréquente, des collusions entre époux, qui seront tentés de simuler des cas de divorce pour cause déterminée; de sorte qu'on pourra ne rien donner à ses enfants, simplement parce qn'on aura pris cette forme.

» Messieurs, j'ai eu la bonne fortune, lorsque j'ai présenté cet amendement pour la première fois à la Commission, de le voir tout d'abord bien accueilli par elle. Mais il est arrivé qu'elle s'est ensuite trop défiée de son premier mouvement, qui avait été bon, et qu'elle en a eu un second, qui est mauvais.

» Jusqu'à présent, on n'a dit que du mal de ma proposition. Je suis donc obligé de lutter contre la Commission pour vous la faire mieux connaître; et quand je dis lutter, je dois ajouter que je suis un adversaire d'un genre tout spécial, car j'ai jusqu'à présent voté tous les projets présentés par la Commission.

» Oui, je crois que mon amendement répond à un sentiment vrai, à une nécessité de la situation, et j'aurai alors contribué à fortifier la loi, en imposant à la Commission une situation meilleure que celle qu'elle s'est faite à elle-même. Ainsi, Messieurs, il y a une communauté absolue de principe entre la Commission et moi, et je pourrais dire maintenant avec la majorité de cette Chambre; car vous avez assisté depuis deux jours à un concours unanime d'opinions de toutes les fractions de l'Assemblée sur ce point, que le mariage est d'essence indissoluble, les uns en se plaçant au point de vue canonique; les autres, comme M. Léon Renault, en se plaçant au point de vue exclusivement civil. Mais tous arrivent à la même conclusion, et si la discussion a été intéressante, c'est que

l'on se disputait le mérite d'attester le principe de l'indissobulité. Donc, le mariage, indissoluble en thèse, ne peut être dissous que par une faveur toute spéciale et dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Le divorce, qui nous occupe, sera sans doute voté par nous tous, sauf par la fraction de cette Chambre qui en fait une question de foi religieuse, ainsi que Treilhard le présentait autrefois comme un remède nécessaire à de plus grands maux, et non comme un bien désirable. C'est donc uniquement un sentiment d'humanité qui doit nous guider et nous engager à mettre, comme le législateur de 1803, dans nos lois, ces articles relatifs au divorce.

» Ces sentiments d'humanité, vous les éprouvez envers qui? envers les époux que vous jugez très malheureux et très dignes de pitié. Eh bien, mais après que vous aurez donné ainsi ces témoignages de pitié, après cet acte d'humanité envers les parents, est-ce qu'il n'est pas bien légitime et bien naturel de faire acte d'humanité envers d'autres êtres qui ne sont pas moins intéressants, envers les enfants, qui représentent pour la société française, pour le législateur, l'avenir du pays, et qui, par conséquent, si les parents représentent le présent, représentent eux l'avenir? Ils ont droit à autant d'égards et de faveurs que les parents. Donc, Messieurs, si nous partons tous d'un même principe, si nous sommes tous déterminés à reconnaître que, d'une part, la loi ne fait que par exception la faveur du divorce, il faut examiner ce qu'il est nécessaire de concéder et la limite à laquelle il est nécessaire de s'arrêter.

» J'ai eu la bonne fortune d'entendre, dans cette première discussion, un orateur qui, selon moi, donne la théorie vraie de ce qu'est réellement la situation des enfants dans le ménage. Permettez-moi de remettre sous vos yeux les paroles qu'à cet égard M. Durand vous a fait entendre dans la précédente séance. M. Durand vous disait :

» Ce n'est pas de l'intérêt de l'enfant que je vais vous parler, mais de ses droits.

» Qu'est-ce, en effet, que le mariage?

» Est-ce simplement un contrat à deux? Un contrat entre l'époux et l'épouse? Non, c'est plus que cela!

» C'est un engagement pris à la face de la société en faveur de l'enfant.

» De sorte que l'on peut affirmer avec la plus grande vérité, et comme le disait Portalis au commencement de ce siècle, que l'enfant est toujours partie intéressée, partie principale et essentielle dans le mariage.

» Or, je vous le demande, n'est-il pas contre le droit et contre l'essence même du contrat qu'une convention qui est intervenue à trois puisse être rompue par le caprice ou la volonté de deux?

» C'est précisément parce qu'il s'agit d'un contrat qui, après avoir été créé par trois personnes ou en vue d'une troisième personne, n'a pu être rompu par l'effet du divorce, c'est-à-dire par la simple volonté de deux d'entre elles, que l'intervention du législateur est absolument nécessaire. Qui peut donc, en effet, stipuler en faveur de l'enfant, c'est-à-dire en faveur de l'incapable qui ne peut en aucune façon défendre ses droits ou ses intérêts? C'est évidemment le législateur; et jamais meilleure occasion d'intervenir ne peut se produire pour lui qu'au moment où ce contrat qu'il avait lui-même protégé vient à se rompre contrairement à sa volonté. Deux époux se sont mis sous la protection de la loi, en vue, notez-le bien, principalement, d'assurer à leurs enfants l'un des plus grands bénéfices que la loi puisse conférer, le bénéfice de l'héritage. Quelle est, en effet, la grande distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel? C'est qu'à l'un la loi donne la certitude de l'héritage, et qu'elle abandonne l'autre à tous les hasards de la bonne ou de la mauvaise fortune. C'est pour bénéficier de ce grand avantage que deux familles se sont réunies pour constituer un mariage et pour lui donner la protection légale.

» C'est en vue de ce sentiment qui reste et est en quelque sorte inné au fond du cœur de tout homme, pauvre ou

riche, que la nouvelle famille est créée. Quelle que soit la quotité des biens que l'on puisse procurer à ses enfants ou à ses petits-enfants, chacun de nous n'en est pas moins désireux de leur en assurer la possession. Et le petit champ qui a été acquis par le travail des ancêtres, les parents qui assistent au mariage ont tous la volonté de le faire passer aux petits-enfants que l'avenir leur réserve aussi bien qu'aux enfants qui vont immédiatement en profiter.

» Eh bien, qu'est-ce que je vous demande? C'est que cette protection légale dont est couverte la transmission légitime de l'héritage, en cas de mort naturelle, s'applique également au cas où, par une dissolution volontaire du mariage, il est créé une sorte de mort factice de la famille, à laquelle les enfants vont tout à coup devenir étrangers.

» Est-il vrai que les parents séparés de corps se mettent la plupart du temps à rendre leurs enfants témoins d'une inconduite qu'on nous a laissé pressentir? Est-il vrai que ce résultat se produise assez fréquemment par nécessité?

» Nous voyons, au contraire, des parents qui, à la suite de grands malheurs et de profondes douleurs, ont été amenés à se séparer, conserver au fond du cœur une grande tristesse qui les empêche de prendre part aux joies du monde, et montrer à leurs enfants, le seul bonheur qui leur reste, la plus profonde affection. Ne les voit-on pas l'un et l'autre, le père et la mère, chacun de leur côté, contribuer à établir une sorte de rivalité d'amour à l'égard de l'enfant, afin de se l'attacher plus complètement?

» Cette rivalité ne peut faire le malheur de l'enfant, et celui qui a la bonne fortune d'être ainsi tiraillé par l'affection du père et de la mère en éprouve quelque consolation; et, s'il n'assiste pas, comme le disait M. Léon Renault, aux baisers que se donnent près de son petit lit le père et la mère, il a la satisfaction de se sentir successivement chéri par son père et chéri par sa mère, et

nul ne peut dire qu'il soit le plus malheureux des trois.

» S'il est à la pension, aux jours déterminés ils vont chacun leur tour le chercher et lui procurer les plaisirs que comporte leur fortune. S'il a des parents moins riches, ce n'est pas une raison pour que la mère, pour que le père ne viennent point revendiquer chacun à leur tour le bonheur de le posséder.

» Lorsqu'on a parlé de ce champ de bataille de haine entre les époux, je crois que cela peut avoir quelque véracité au moment de la lutte, mais je crois aussi que lorsque la lutte est terminée, que la paix est faite par les conséquences du jugement prononcé qui a statué sur le sort des enfants, les parents rendent à leurs enfants tout ce qu'ils ont de tendresse au fond de leur cœur. Assurément, d'autres exemples contraires sont possibles, mais, je le répète, c'est ce qui arrivera le plus souvent.

» Dès lors, que le divorce ait été prononcé en la forme prévue sous l'article 304 ou sous l'article 305, l'enfant entre en possession effective de la portion de biens qui lui est dévolue et qui constitue pour lui un avancement d'hoirie ; les parents remariés, dont je ne veux pas entraver les affaires, ont un délai d'un an pour lui rembourser ce que la liquidation, qu'alors seulement il faut faire, lui aura attribué, et sa créance sera garantie par une hypothèque légale.

» En résumé, si mon amendement a un tort, c'est de mettre en exécution d'une façon pratique ce que la loi propose de faire dans son article 305, et à moins que la menace que cet article suspend sur la tête des époux qui veulent divorcer ne soit vaine et, dans l'esprit même de la Commission, purement comminatoire, je ne m'explique pas la résistance qu'elle oppose à ma proposition.

» Je sais bien qu'une autre opinion s'était produite au sein de la Commission, celle de faire doter les enfants par celui des époux qui aurait succombé dans l'instance en divorce. Je ne puis me ranger à cette idée, car l'obligation naturelle d'établir les enfants est imposée aussi bien à

celui qui a raison dans le procès en divorce qu'à celui qui a tort.

» Si vous faisiez de cette obligation une prime à gagner le procès en divorce, vous exciteriez des convoitises, des antipathies profondes; vous donneriez aux procès en divorce un enjeu qui serait dangereux pour les parents eux-mêmes et pour la moralité. L'obligation de doter les enfants ne peut pas dépendre de la perte ou du gain d'un procès ; c'est une obligation naturelle. Le jour où les parents sont séparés, je leur demande d'exécuter cette obligation devenue légale, ou d'en assurer l'exécution pour le moment où, les parents venant à se remarier, il sera nécessaire que leur enfant, mineur ou majeur, puisse opposer au nouveau conjoint des droits suffisamment protégés par la loi.

» Voilà, Messieurs, mon système.

» Je crois vous l'avoir fait suffisamment comprendre. En résumé, la théorie que je viens de vous exposer a été universellement et de tous temps observée par les législateurs français; c'est celle du soutien des faibles, c'est la tradition de notre législation. Nous trouvons ce sentiment partout; il est profondément gravé dans le cœur de tous les Français; les Français sont chevaleresques, et le présent comme le passé peuvent revendiquer cette tradition.

» Si vous n'entriez pas dans cet ordre d'idées, votre loi porterait une tache; vous auriez protégé les passions des forts et négligé les intérêts des petits. »

970. Cet amendement fut combattu, dans la même séance, par M. Letellier.

« C'est une proposition généreuse, disait l'orateur, mais qui aurait pour effet, si elle était accueillie par la Chambre, de rompre l'harmonie de nos lois civiles, de briser l'autorité paternelle, de placer systématiquement en opposition d'intérêts les enfants vis-à-vis de leurs parents, et d'ouvrir partiellement, par une sorte de rétablissement, de résurrection de la mort civile, la succession de personnes vivantes.

» Tout en rendant hommage aux sentiments qui ont inspiré l'auteur de cette proposition que nous vous demandons de repousser, nous venons vous dire : Non, le divorce ne peut entraîner de semblables déchéances ; il ne peut être une cause de désorganisation sociale, alors que son but est essentiellement moralisateur.

» L'honorable M. Ganault veut qu'en cas de divorce admis en justice pour cause déterminée, la propriété du quart des biens de chacun des époux soit acquise de plein droit à l'enfant issu de leur mariage. S'il y a deux ou plusieurs enfants, cette quote-part devra être du tiers des biens.

» Si c'est l'intérêt des enfants qui préoccupe exclusivement M. Ganault, pourquoi la quote-part réservée ne va-t-elle pas en augmentant, suivant une proportion exactement en rapport avec le nombre des enfants? Au point de vue moral et social, le divorce, en présence de quatre, cinq, six enfants, est un fait bien plus grave que lorsqu'il n'y a qu'un enfant, et le remède que propose M. Ganault devrait être d'autant plus énergique que le mal serait plus grand.

» L'honorable M. Ganault veut qu'on procède au partage, soit immédiatement, soit à certaines échéances conditionnelles, et il organise une tutelle d'un genre nouveau, ayant pour objet de garantir les droits qu'il propose de créer au profit des enfants.

» Si de pareilles dispositions trouvaient place dans la loi, elles ne tarderaient pas à produire les plus déplorables conséquences. Elles anéantiraient non plus seulement le mariage, mais la famille même. Les intérêts de l'enfant seraient placés entre des mains étrangères et qui seraient forcément conduites à vouloir des conflits incessants : ce serait la porte ouverte à des contestations sans fin, ayant pour objet l'évaluation de la fortune respective des époux divorcés.

» Comment établirait-on exactement l'actif de ces successions d'un nouvel ordre, surtout lorsqu'elles consistent en biens mobiliers acquis postérieurement au mariage? Les époux divorcés seraient-ils donc placés, par rapport à

leurs enfants, dans la situation de faillis dont il faudrait supputer l'actif et le passif ?

» Le divorce, au lieu d'être une liquidation sociale nécessaire, deviendrait une banqueroute, dont le tuteur des enfants serait le véritable syndic.

» Il nous suffira certainement de signaler le danger d'une pareille situation pour être convaincu que l'amendement présenté par l'honorable M. Ganault ne pourra trouver faveur devant vous.

» S'il était inscrit dans la loi que vous préparez, on atteindrait, facilement peut-être, des fortunes immobilières, commerciales, industrielles ; mais comment ferait-on l'évaluation de l'avoir ? »

971. M. Naquet, prenant la parole après M. Letellier, s'exprimait ainsi :

« Vous voulez assurer la situation des enfants et leur fortune à venir ; mais vous la détruisez, cette fortune. Vous la détruisez, car il est évident, ainsi que le disait fort bien M. Letellier, qu'une fortune placée entre les mains d'un jeune homme de vingt et un ans, en proie à toutes les passions, est par cela seul compromise.

» Lorsque la mort du père ou de la mère produit ce résultat, c'est déjà un grand malheur ; mais la société n'y peut rien que l'enregistrer et le subir. Mais infliger ce malheur à des enfants, quand ce n'est pas une nécessité de force majeure, c'est assurer leur ruine, c'est aller à l'encontre du but poursuivi.

» Et lorsque vous aurez un fonds de commerce, une industrie qu'il faudra liciter, et que les conjoints souffriront cependant trop pour ne pas réclamer le divorce, malgré la disposition que vous proposez d'introduire dans le Code, est-ce que vous n'allez pas amener la ruine de cette industrie, de ce commerce, et consécutivement celle des enfants que vous voulez protéger ?

» Je me résume, Messieurs : je trouve qu'au point de vue des enfants, des parents, des intérêts des uns et des autres, ainsi qu'au point de vue du respect de nos lois suc-

cessorales, il faut repousser l'amendement de l'honorable M. Ganault. »

972. A la suite de cette discussion, l'amendement de M. Ganault fut rejeté, mais la Commission proposa d'ajouter à l'article 304 ces mots : « Le tribunal qui prononcera le divorce déterminera la pension annuelle qui devra être servie aux enfants nés du mariage pour leur nourriture, leur entretien et leur éducation. »

Ce nouvel amendement fut combattu dans les termes suivants par M. Gatineau :

« Messieurs, l'article 304 du Code civil est rédigé d'une manière irréprochable : c'est la raison même légiférée. Permettez-moi de mettre le texte sous vos yeux, et cette lecture vous convaincra que l'addition proposée par la Commission n'a pas de raison d'être. Voici le texte de l'article 304 :

» Art. 304. — « La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère, mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce. »

» Ce qui revient à dire que leurs droits à la succession de leurs parents ne s'ouvriront qu'à la mort des parents. Il est bien entendu que l'article 304, placé dans la loi sur le divorce, doit être expliqué et commenté par les obligations imposées au mari et à la femme lors du mariage ; ces obligations sont inscrites dans l'article 203 du Code civil ; vous les connaissez. Je n'en lis le texte que pour en éviter le commentaire.

» Art. 203. — « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

» Voilà qui est parfaitement précis : le divorce ne changera rien en ce qui touche les intérêts des enfants aux

dispositions du Code; mais il est bien entendu que le mari et la femme qui ont contracté mariage ont l'obligation de nourrir leurs enfants, de les entretenir, de les élever; ils resteront obligés de remplir ces devoirs légaux sans que le divorce puisse les en dégager. Cela est clair.

» Pourquoi donc ajouter le paragraphe en discussion qui va indiquer une forme des obligations des parents, sans aucun profit pour les enfants. L'addition de la Commission est ainsi conçue (remarquez la forme impérative):

« Le tribunal qui prononcera le divorce déterminera la pension annuelle qui devra être servie aux enfants nés du mariage pour leur nourriture, leur entretien et leur éducation. »

» Mais votre loi révèle ce caractère bourgeois que lui reprochait l'autre jour l'honorable M. Laroche-Joubert. S'il s'agit des enfants de personnes qui vivent du travail de leurs mains, comment voulez-vous imposer au juge l'obligation de condamner les parents à payer une pension pour subvenir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation?

» Quand il s'agit de personnes vivant du travail manuel, le juge tient compte de la position des parents; il décide que celui qui n'a pas fourni les causes du divorce, qui est recommandable, prendra les enfants chez lui; il décide, en outre, que l'époux qui a les torts sera tenu de contribuer à leur entretien, conformément aux termes généraux du Code, aux prescriptions de la loi, par de l'argent, par un subside, qui viendra en aide à l'époux ayant reçu la garde des enfants.

» C'est très clair, je le répète, et cette obligation que vous ajoutez, et qui n'a qu'en apparence un caractère humanitaire, me paraît inutile.

» Il est bien entendu que je n'entends pas interdire aux tribunaux le droit, s'ils ont devant eux des personnes possédant des ressources, de les condamner à payer une pension, dont ils détermineront l'importance d'après l'âge et les besoins des enfants et suivant la fortune des parents.

» Il me paraît donc superflu d'ajouter le texte de la Commission à l'ancien texte, parce que le devoir est prescrit d'une façon générale et précise à la fois, et permettant au magistrat de se mouvoir plus librement dans l'intérêt des enfants. Dès lors, l'adjonction de la Commission est une superfétation dangereuse. »

Au banc de la Commission.— C'est une confirmation.

M. GATINEAU.—Une limitation dans son texte impératif, à l'application duquel je ne vois que des inconvénients. Je vous demande donc de le rejeter.

M. RANC.— Si l'on mettait: le tribunal pourra fixer la pension annuelle ?

M. GATINEAU.—Un de mes honorables collègues me dit : « Si l'on mettait : le tribunal pourra déterminer la pension annuelle ! » Pourquoi ? Puisque cela se pratique tous les jours ? Repoussez donc sans réserves une disposition qui est une véritable superfétation, et qui, de plus, a le tort de ne pouvoir figurer dans une loi bien faite.

A la suite de ce discours, l'article 304 additionnel fut rejeté par la Chambre.

973. Au Sénat, en première délibération, l'article 304 avait été adopté sans discussion. M. Delsol proposa l'amendement suivant, qui serait devenu l'article 305, et qui fut rejeté en deuxième délibération.

974. Nous pensons devoir reproduire ici cet amendement et un passage du discours de M. Delsol, à cause de l'intérêt capital de cette question des enfants sur laquelle, croyons-nous, une réforme législative pourra, dans la suite, intervenir utilement.

« La propriété de la moitié des biens de l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé sera acquise de plein droit, du jour de la demande, aux enfants nés du mariage : ledit époux conservera néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité des enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à sa fortune et à son état, le tout sans préjudice

des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. »

M. Delsol le soutint en ces termes :

« Le Sénat touche à la fin de la discussion importante soulevée par le projet de loi dont vous êtes saisis.

» Des orateurs éloquents sont venus à cette tribune vous proposer les moyens d'atténuer les inconvénients si graves que le divorce présente pour les enfants.

» Vous avez entendu l'honorable M. Eymard-Duvernay, vous demandant de n'admettre, dans le cas où il y a des enfants, qu'un divorce qui ne permettrait pas aux époux de contracter une nouvelle union. Vous avez repoussé cet amendement.

» Après lui, est venu l'honorable M. Marcel Barthe qui, dans un discours non moins éloquent, vous a demandé de limiter les causes de divorce, lorsqu'il existe des enfants issus du mariage.

» Notre collègue vous proposait, dans ce cas, d'écarter le divorce pour excès, sévices et injures graves. Vous avez encore repoussé cet amendement, en telle sorte que, arrivés à la fin de cette discussion, je puis dire que le Sénat n'a rien fait en faveur des malheureux enfants, qui sont toujours les véritables victimes du divorce.

» Pouvez-vous, Messieurs, méconnaître un intérêt si sacré? Ne devez-vous pas lui donner satisfaction dans la mesure du possible? Telle est la question que je vous demande la permission d'examiner rapidement.

» L'intérêt moral des enfants ! Oh ! celui-là, je le reconnais, est complètement sacrifié. Le divorce des père et mère sera toujours pour eux un détestable exemple, un affreux scandale et un malheur irréparable.

» Mais, à côté de l'intérêt moral, il y a l'intérêt pécuniaire des enfanis, et c'est cet intérêt que je demande au Sénat de sauvegarder en maintenant l'article 305 modifié par mon amendement.

» Vous connaissez, Messieurs, les dispositions de cet article. Elles ont été vivement attaquées à cette tribune par

M. le garde des sceaux dans la première délibération. Je tiens le plus grand compte de ces critiques et je ne reprends pas l'article dans son entier.

» Voici, Messieurs, dans quelle mesure je le modifie. L'article 305 s'appliquait aux deux époux indistinctement, lorsqu'il y avait divorce par consentement mutuel. Or, aux termes de mon amendement, il ne s'appliquera qu'à l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé. En voici le texte :

« La propriété de la moitié des biens de l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé sera acquise de plein droit, du jour de la demande, aux enfants nés du mariage : ledit époux conservera néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité des enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à sa fortune et à son état, le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. »

» Je dis que l'article 305, ainsi limité, est absolument nécessaire pour sauvegarder l'intérêt pécuniaire des enfants, lorsque le divorce de leurs père et mère vient dissoudre la famille.

» Permettez-moi d'examiner tout d'abord les objections de principe qui ont été présentées par M. le garde des sceaux au maintien de l'article 305, tel que le Code l'avait formulé.

» Cet article disait que, dans le cas de divorce par consentement mutuel, la moité de la fortune des deux époux était acquise de plein droit aux enfants nés du mariage.

» M. le garde des sceaux avait raison, selon moi, de critiquer une disposition aussi absolue.

» En effet, elle atteignait à la fois l'époux qui n'avait rien à se reprocher et l'époux coupable dont l'inconduite, ou peut-être la condamnatiion infamante, avait motivé le divorce. Je donne donc pleine satisfaction à la critique de l'honorable ministre de la justice en écartant complètement du débat, par mon amendement, cette assimilation

des deux époux et cette attribution aux enfants de la moitié de la fortune de l'époux innocent comme de celle de l'époux coupable.

» Mais, dans la mesure où je me restreins, j'espère vous démontrer que l'attribution aux enfants de la moitié des biens de l'époux coupable est conforme à la justice, qu'elle est exigée par leur intérêt et que l'époux coupable n'a rien de sérieux à objecter, puisque c'est son inconduite, sa violence ou son infamie qui ont causé la dissolution du mariage et compromis l'avenir de ses enfants.

» Le premier grief apporté à cette tribune par l'honorable garde des sceaux est celui-ci :

» Selon lui, le divorce, tout en brisant le lien conjugal, laisse subsister les rapports que le mariage a créés entre les père et mère et leurs enfants; or, accorder aux enfants un prélèvement quelconque sur leur fortune, ce serait porter une atteinte évidente à ces rapports, que l'on doit fermement maintenir.

» Cette objection, Messieurs, est fondée, en ce qui concerne l'époux qui obtient le divorce.

» Il est bien certain que les droits et les devoirs créés par le mariage doivent rester intacts entre l'époux qui obtient le divorce et les enfants. Mais en est-il de même des rapports qui existent entre l'époux contre lequel le divorce est prononcé et les enfants? Voilà la question, la seule question que j'aie à examiner.

» Quels sont, Messieurs, d'une manière générale, les rapports que le mariage fait naître entre les parents et les enfants? Ces rapports sont définis par les articles 371 et suivants du Code civil.

» Du côté des enfants, il y a obligation d'honorer et de respecter leurs père et mère ; mais il faut bien reconnaître que, si cette obligation survit au divorce, elle sera singulièrement atténuée à l'égard de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé.

» En théorie, les enfants lui devront toujours honneur et respect; mais lorsque le père, frappé, par exemple, d'une condamnation infamante, sera au bagne, il est bien

manifeste que cette obligation ne sera plus qu'une vaine formule.

» Une seconde objection présentée par M. le garde des sceaux contre l'article 305, c'est que cet article a le grave tort d'ouvrir la succession des père et mère encore vivants. Je crois que c'est l'objection qui a le plus frappé l'esprit du Sénat.

» Il y a, selon moi, dans cette manière d'apprécier l'attribution de la moitié des biens de l'époux coupable aux enfants, une profonde inexactitude et une très grande exagération.

» Non, je ne puis admettre qu'il y ait ici ouverture de succession, et que l'on puisse caractériser de la sorte les dispositions de l'article 305 du Code civil.

» En effet, s'il y avait ouverture de succession, ce ne serait pas seulement la moitié des biens qui serait attribuée aux enfants, ce serait l'intégralité. Une succession ne s'ouvre pas pour moitié; lorsqu'elle s'ouvre, elle est dévolue tout entière à ceux qui sont appelés à la recueillir.

» Mais il y a une autre raison qui démontre jusqu'à l'évidence que le législateur n'a pas voulu établir dans l'article 305 une ouverture anticipée de succession.

» S'il y avait véritablement ouverture de succession au profit des enfants, la loi leur donnerait au moins la réserve; c'est-à-dire que, s'il y a un enfant, ce serait la moitié; mais, s'il y en a deux, ce serait les deux tiers; s'il y en a trois, ce serait les trois quarts de la succession.

» Or, la part que la loi leur attribue est invariablement fixée à la moitié, quel que soit leur nombre. Il n'y a donc pas là une véritable ouverture de succession. Quel est alors le caractère de cette disposition ?

» Elle constitue, selon moi, une disposition analogue à celle de notre ancien droit français, qui permettait aux enfants, et particulièrement aux filles, d'exiger de leurs parents une dot pour leur établissement; dans les pays de coutume, il en était différemment, je le reconnais, mais dans toutes les autres parties de la France, et même dans l'ancien droit romain, les enfants arrivés en âge de se

marier avaient le droit de contraindre leurs père et mère à les doter.

» C'est donc, selon moi, un véritable avancement d'hoirie que la loi constitue, dans l'article 305, au profit des enfants sur le patrimoine de celui des père ou mère contre lequel le divorce a été prononcé. Cette attribution assurera leur existence et leur avenir. »

975. Dans la même séance, M. Naquet, répondant à M. Delsol s'exprimait ainsi : « L'honorable M. Delsol en vous disant que nous n'avons rien fait pour les enfants, que le Sénat n'a rien fait pour ces malheureux, me paraît oublier un point, c'est que nous ne faisons pas, en ce moment-ci, une loi nouvelle sur le divorce. Si le divorce n'avait jamais existé en France, et si nous légiférions pour faire la loi destinée à l'instituer, je comprendrais très bien que M. Delsol cherchât quelles sont les dispositions à prendre en vue de l'intérêt des enfants.

» Que l'honorable M. Delsol se rassure cependant. Le législateur de 1803 s'est préoccupé de l'intérêt des enfants, et c'est parce qu'il s'en est préoccupé et que les dispositions qu'il a dictées nous paraissent absolument suffisantes, qu'il nous a paru inutile d'en édicter de nouvelles, et que nous combattons l'amendement qu'il nous propose.

» L'honorable garde des sceaux, l'autre jour, a montré ce qu'il y avait de grave et de contraire à l'esprit général de notre législation dans l'ouverture anticipée d'une succession. Sur ce point mon honorable collègue, M. Eymard-Duvernay, qui n'est pas suspect quand il s'agit de l'intérêt des enfants, — il vous l'a montré par les divers amendements que nous n'avons pu accepter, mais qui, certainement, dans son esprit, étaient dictés par ce respect de l'intérêt des enfants, qui vous anime également, — M. Eymard-Duvernay est venu, lui aussi, comme M. le garde des sceaux, vous dire : L'ouverture anticipée de la succession est contraire à tous les principes de notre droit civil et je la repousse. Il est vrai, monsieur Delsol, que vous vous êtes efforcé de répondre par avance à mon

objection, et vous nous avez déclaré que ce n'est pas là une ouverture anticipée de succession, c'est un avancement d'hoirie. Eh bien, oui, Messieurs, c'est un avancement d'hoirie obligatoire, c'est une donation forcée.

» Cela ressemble tellement à une ouverture de succession que j'ai le droit de dire que la distinction que vous faites est une simple affaire de mots, qu'en réalité c'est une ouverture de succession anticipée que vous nous apportez, et je la repousse à ce point de vue. »

976. L'amendement de M. Delsol sous forme d'article 305 ne fut pas adopté, et le texte de l'article 304 reste ce qu'il était dans le Code civil. — (Séance du 23 juin 1884, *Journal officiel* du 24.)

Ainsi, il en résulte que la dissolution du mariage ne change rien à l'ordre légal des successions et que les enfants héritent de leurs père et mère à leur mort, comme si le divorce n'avait pas été prononcé; et réciproquement, les père et mère viennent dans les mêmes conditions à la succession de leurs enfants prédécédés.

Il en est exactement de même à l'égard des avantages acquis aux enfants par le contrat de mariage de leurs parents; l'article 304 en maintient l'existence.

Si le divorce est suivi d'un nouveau mariage, les enfants du premier lit partagent avec ceux du second lit.

CHAPITRE IV

Dispositions additionnelles. — Dispositions transitoires. — Règles particulières à la séparation de corps. — Conversion des séparations de corps en divorces.

SECTION I

Dispositions additionnelles.

977. La reproduction des débats sur les instances en divorce ou en séparation de corps est interdite, sous peine d'amende de 100 à 2,000 fr. édictée par l'article 39 de la loi du 30 juillet 1881. — (Art. 2.)

Voici comment s'exprimait, à cet égard, M. de Marcère, dans son rapport supplémentaire à la Chambre le 17 juin 1882. — (*Journal officiel* du 18.)

M. le rapporteur. « L'article qui est en discussion a été présenté à la Commission sous forme d'amendement par notre honorable collègue M. Thirion-Montauban. Il porte que le compte rendu par la presse des débats dont il s'agit sera interdit.

« Cela ne veut pas dire, — la Chambre l'a compris, — que les débats judiciaires portant sur des causes de séparation de corps ou de divorce ne seront pas publics. L'audience restera publique et la publicité sera donnée au jugement qui sera intervenu entre les parties. L'intérêt social qui se rattache à la publicité donnée aux affaires de justice

se trouve ainsi ménagé. Il est certain, dès lors, qu'il ne sera porté atteinte ni à la loi générale, ni à la loi spéciale, en ce qui concerne les affaires de cette nature portées devant les tribunaux. C'est la grande raison d'ordre public qui veut que les débats judiciaires soient entourés de la garantie de publicité. Nous respectons ce principe.

» Notre honorable collègue — et nous nous sommes associés à cette pensée — a voulu empêcher que l'on donnât, en dehors de l'audience et à l'aide du retentissement de la presse, une publicité inutile et déplorable à ces débats qui concernent des personnes privées, un mari, une femme, des enfants...

» Il a voulu empêcher que l'on livrât à la curiosité malsaine ou à la malignité publique des secrets de famille, des révélations scandaleuses et parfois dangereuses au point de vue social et toujours pénibles pour les familles intéressées. Il n'y a, en effet, aucun intérêt réel à autoriser cette publicité des débats; il peut y avoir un intérêt considérable à l'empêcher.

» Remarquez, Messieurs, qu'il y a une assimilation très naturelle à faire entre les débats de cette espèce et des débats de diffamation et d'injure. Dans la loi sur la presse que vous avez votée l'an dernier, en 1881, vous avez décidé que le compte rendu par la presse des procès en matière de diffamation serait interdit.

Vous n'avez pas voulu donner à la diffamation l'extension indéfinie de la publicité par la presse ; vous n'avez pas voulu augmenter le mal, accroître les douleurs ou les dangers de la diffamation. Vous avez voulu préserver les personnes contre l'injure, contre la diffamation multipliées à l'infini par la voie de la presse.

» Eh bien, en matière de séparation de corps et de divorce, il s'agit de difficultés entre des époux, il s'agit de choses d'intérieur, d'affaires d'intimité, d'injures, d'outrages, de scandales, d'imputations des plus graves portées contre l'un ou l'autre des époux, parfois contre les deux, et qui peuvent aisément prendre le caractère de véritables diffamations. »

978. Art. 5. — « La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. »

Pour les autres colonies françaises, il est à remarquer qu'aux termes du sénatus-consulte du 3 mai 1854 il suffit, pour rendre la loi applicable, d'un arrêté du ministre de la marine et des colonies.

Remarquons, d'ailleurs, que la Cour de cassation a décidé, à propos de l'Algérie, mais en termes généraux, sans spécifier que sa décision pût en principe être considérée comme spéciale à ce pays, que les lois qui régissent la France sont de plein droit, et sans promulgation particulière, exécutoires dans les colonies quant aux dispositions qui n'ont pas été modifiées par la législation spéciale relative à ces colonies. — (Cass., 4 févr. 1863, S. 63. 1. 201. P. 63. 725, D. P. 63. 1. 106.) — Au surplus, pour tout ce qui concerne la promulgation des lois aux colonies, *V.* Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 1, n. 289 et suiv.

SECTION II

Dispositions transitoires.

979. Art. 4. — « Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la présente loi pourront être converties par les demandeurs en instances de divorce. Cette conversion pourra être demandée même en Cour d'appel.

» La procédure spéciale au divorce sera suivie à partir du dernier acte valable de la procédure en séparation de corps.

» Pourront être convertis en jugements de divorce, comme il est dit à l'article 310, tous jugements de sépara-

tion de corps devenus définitifs avant ladite promulgation. »

En disant que les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la présente loi pourraient être converties en instance en divorce, le législateur a suffisamment indiqué que le divorce peut être actuellement demandé pour des causes antérieures à la loi qui le rétablit.

SECTION III

Règles particulières à la séparation de corps.

980. L'article 306 est ainsi conçu :

« Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. »

Il résulte de ce texte que tout ce que nous avons dit dans notre chapitre premier sur les causes de divorce reste applicable à la séparation.

L'article 307 porte :

« Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. »

Cette disposition reçoit quelques exceptions réglées par les articles 875 et suivants du Code de procédure civile Quelques articles de la procédure du divorce sont également applicables à la séparation de corps. Nous avons étudié toutes ces dispositions au cours de ce travail. On trouvera *infrà*, dans l'Appendice contenant le texte de la loi nouvelle, ainsi que dans la Table des articles, les renvois nécessaires aux numéros de cet ouvrage où il est question de la procédure de la séparation de corps.

Nous avons cependant un point spécial à étudier ici.

981. Aux termes des articles 307 et 1443 du Code civil, toute séparation volontaire de corps ou de biens entre les époux est prohibée. — (Cass., 27 févr. 1874, S. 74. 1. 214, P. 74. 533, D. P. 74. 1. 140. — Nîmes, 9 mai 1860, S. 60. 2. 577, P. 60. 756, D. P. 60. 2. 219. — Nancy, 22 janv. 1870, S. 70. 2. 54, P. 70. 325, D. P. 70. 2. 76. — Aubry et Rau, t. 6, n. 172 et 490 ; Laurent, t. 17, n. 44 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 307, n. 102 et suiv. ; Louis Renault, note sous Paris, 31 mars 1873, S. 74. 2. 1, P. 74. 78.)

Il s'en suit, tant au point de vue des personnes qu'au point de vue des biens, diverses conséquences. D'abord au point de vue des personnes : lorsqu'il existe entre les époux une simple séparation de fait, l'action de la femme en réintégration du domicile conjugal ne peut être écartée par le motif, qu'à raison de la conduite antérieure de celle-ci, son action ne pourrait être considérée comme sérieuse. — (Cass., 27 févr. 1874, S. 74. 1. 214, P. 74. 533, D. P. 74. 1. 140, et la note de M. Louis Renault sous Paris, 31 mars 1873, S. 74. 2. 1, P. 74. 78. — *Contrà*, Massol, *Séparation de corps*, p. 36.)

Au point de vue des biens, toute convention ayant pour but de régler les conditions d'une séparation de fait a une cause illicite et ne peut avoir aucun effet juridique. Cette nullité vicie indistinctement toutes les clauses de la convention, telles que les engagements réciproques des contractants, et il importe peu, à cet égard, que quelques-unes des obligations prises par eux dans cet acte aient une cause spéciale antérieure à la séparation de fait. Lors même qu'elles seraient valables pour d'autres motifs, ces obligations ne peuvent trouver une confirmation dans un acte radicalement nul, qui ne peut conférer aucun titre aux parties qui y ont concouru. — Ainsi est frappé de nullité l'acte qui renferme, dans l'hypothèse d'une séparation volontaire, une convention par laquelle le mari s'engage à payer à sa femme une pension sur les intérêts de sa dot, et la cession qu'en vertu d'un tel acte la femme consentirait à des tiers des annuités échues de cette pension ne

pourrait servir de base à aucune action. — (Nimes, 9 mai 1860, S. 60. 2. 577, P. 60. 756.)

On devrait encore considérer comme nulle, d'après les mêmes principes, la convention qui, pour une séparation de fait stipulé pour un nombre déterminé d'années, donnerait à la femme le droit d'administrer ses propres et d'exercer immédiatement ses reprises. — (Nancy, 22 janv. 1870, S. 70. 2. 54, P. 70. 325, D. P. 70. 2. 76.)

A plus forte raison, devrait-on considérer comme nulle la clause pénale stipulée contre celui des époux qui manquerait à une semblable convention — (Caen, 14 nov. 1825, S. et P. chr.)... et l'obligation consentie par la femme envers son mari, pour prix de la renonciation de celui-ci au recours en cassation contre l'arrêt qui a prononcé entre eux la séparation de corps. — (Caen, 2 janv. 1823, S. et P. chr., D. A. 10. 471.)

982. Si la séparation volontaire ne peut produire aucun effet juridique, il va sans dire que le divorce qui met fin au mariage et qui ne peut avoir lieu par consentement mutuel ne peut faire l'objet d'aucune convention entre les époux.

983. La réconciliation entre époux séparés de corps a pour effet d'anéantir le jugement de séparation ; tellement que, quels que soient les faits nouveaux dont puisse avoir à se plaindre l'époux qui l'a obtenu, ils ne sauraient redonner vie à ce jugement : cet époux, s'il veut de nouveau avoir recours à la séparation, est tenu de procéder de même que si la réconciliation était intervenue avant tout jugement, c'est-à-dire par voie d'action nouvelle. En conséquence, cette action doit subir le premier degré de juridiction, bien que le jugement eût été l'objet d'un appel encore pendant devant la Cour au moment de la réconciliation. — (Agen, 17 mars 1858, S. 58. 2. 371, P. 58. 1169. — *Sic*, Le Senne, n. 524 et 525.)

Dans tous les cas, il appartient aux juges du fait de décider, par appréciation des circonstances et présomptions,

si les faits de réconciliation allégués par la femme établissent l'existence du consentement de son mari à la reprendre. — (Cass., 30 déc. 1861, S. 62. 1. 113, P. 62. 665.)

984. Mais l'époux qui a obtenu la séparation de corps ne peut en faire cesser les effets par sa seule volonté, en déclarant renoncer au bénéfice du jugement de séparation. — Par exemple, le mari qui a obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme, laquelle a été condamnée à l'emprisonnement par le jugement de séparation, ne peut, alors surtout qu'elle a subi son emprisonnement, faire cesser la séparation en l'obligeant à rentrer au domicile conjugal. — (Cass., 3 févr. 1841, S. 41. 1. 97, et la note de Devilleneuve. — Angers, 19 avr. 1839, S. 39. 2. 243, P. 39. 1. 663, D. P. 39. 2. 79. — *Sic*, Pothier, *Communauté*, n. 526; Rousseau de Lacombe, v° *Séparation*, part. 1, n. 20; Fournel, *De l'adultère*, p. 444 et suiv.; Zachariæ, t. 3, § 495, note 4; Villemartin, *Études du droit français*, t. 3, p. 101, n. 7; Massol, p. 417; Marcadé, sur l'art. 311, n. 5; Demolombe, t. 4, n. 532; Laurent, t. 3, n. 349. — *Contrà*, Locré, t. 4, p. 492 ; Nougarède, *Lois du mariage*, ch. 26, § 7; Vazeille, *Du mariage*, t. 2, n. 595; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, § 4; Bedel, *De l'adultère*, n. 54; Duranton, t. 2, n. 525 et 618.)

985. La séparation de corps étant détruite par la réconciliation des époux, elle doit être ordonnée, pour causes postérieures à la réconciliation, par un nouveau jugement; il ne suffirait pas, pour rendre son effet au premier jugement, que l'époux contre lequel il a été prononcé consentit à vivre séparé de fait. — (Paris, 16 avr. 1807, S. chr., D. A. 11. 895.)

986. ART. 311. — « La séparation de corps emportera la séparation de biens. La séparation de biens remonte, quant à ses effets, jusqu'au jour de la demande. » (C. civ., 1445, alin. 2). — (Cass., 20 mars 1855, S. 55. 1. 401, P. 56. 1. 15. - Bruxelles, 28 mars 1810, S. et P. chr., D. *Rép.*,

v° *Séparation de corps*, n. 319. — Rennes, 21 août 1816, S. et P. chr. — Limoges, 17 juin 1835, S. 36. 2. 61. P. chr., D. P. 36, 2. 31. — *Sic*, Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 311, n. 1 et suiv.; Troplong, t. 2, n. 1386 et suiv.; Delvincourt, t. 3, p. 269, *ad notam;* Zachariæ, § 515, notes 12 et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. 2, note 1, sur le n. 776; Bellot des Minières, *Régime dotal*, t. 2, p. 192; Dutruc, p. 283.— *Contrà*, Liège, 10 août 1854, P. 56. 2. 415.)—Il en est ainsi, du moins, alors qu'il s'agit d'opposer cet effet rétroactif non aux tiers, mais au mari.) — Cass., 20 mars 1855, précité.)

Quant aux tiers, l'effet rétroactif de la séparation de biens leur est opposable, au moins dans le cas où le mari n'a contracté les obligations dont il s'agit qu'en vue de la séparation dont il était menacé, et pour en paralyser les effets : peu importe que ceux au profit desquels ces obligations ont été contractées fussent de bonne foi et qu'aucune collusion avec le mari ne pût leur être reprochée.—(Paris, 18 juin 1855, S. 56. 2. 169, P. 56. 1. 9, D. P. 56. 2. 248.)—Ainsi la créance constituée au profit du mari depuis la demande en séparation de corps formée par la femme ne fait pas partie de la communauté si la séparation est prononcée. —(Cass., 20 mars 1855, précité.)

987. Mais la séparation de corps, entraînant toujours la séparation de biens, ne peut, pas plus que la séparation de biens ordinaire, être opposée aux tiers, si le jugement de séparation n'a pas été exécuté dans les délais de la loi, et notamment s'il n'a pas été rendu public par son insertion aux tableaux indiqués par l'article 880 du Code de procédure, alors même que le mari n'est pas commerçant. Et à cet égard, il n'y a pas à distinguer entre les tiers qui n'ont acquis des droits contre le mari que depuis la séparation, et les créanciers antérieurs à la séparation. — (Cass. 14 mars 1837, S. 37, 1. 318, P. 37. 1 372, D. P. 37. 1. 279. — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 95; Carré et Chauveau, Quest. 2987 *ter;* Thomine-Desmazures, sur l'art. 880; Le Senne, n. 296.)

988. Au surplus, l'effet rétroactif de la séparation de biens résultant de la séparation de corps, qui fait remonter les effets de la séparation jusqu'au jour de la demande, doit s'entendre seulement du jour de la demande et non du jour de l'ordonnance du président autorisant le demandeur à procéder sur sa demande. — (Bordeaux, 23 janv. 1880, S. 81. 2. 77. — Cass., 29 janv. 1866, S. 66. 1. 834, P. 66. 900, P. 81. 1. 443.) — La règle posée par l'article 1445 du Code civil s'applique à la séparation de biens résultant de la séparation de corps. — (Trib. Troyes, 10 août 1881, S. 81. 2. 220.) — Les articles 875 et suivants du Code de procédure organisent, en cas de demande en séparation de corps, un ensemble de formalités qui remplacent l'essai de conciliation prescrit pour les cas ordinaires devant une autre juridiction. D'après l'article 878, le magistrat qui n'a pu rapprocher les deux époux autorise la femme à procéder sur sa demande et à résider provisoirement au domicile par lui indiqué; il est donc impossible de considérer comme constituant la demande l'accomplissement des formalités préalables sans lesquelles cette demande n'aurait pu être portée en justice. — Les dispositions de l'article 57 du Code de procédure ne sauraient être invoquées par analogie, elles ont un caractère exceptionnel et ne peuvent être étendues à l'essai de conciliation particulier porté en matière de séparation de corps devant le président du tribunal. Aux termes de l'article 307 du Code civil, la demande en séparation de corps doit être intentée, *instruite et jugée* de la même manière que toute autre action civile. A la vérité, les articles 875 et suivants du Code de procédure civile, en raison de l'importance et de la gravité de cette demande, ont confié au président du tribunal la mission que remplit le juge de paix en toutes autres matières, et édicté un ensemble de formalités remplaçant la tentative de conciliation; mais il est manifeste que ces formalités ne constituent pas, à proprement parler, l'exercice de l'action en séparation de corps, elles n'en sont que le préliminaire; cette interprétation ressort, non seule-

lement de l'esprit des articles précités, mais des termes de l'article 878, qui porte qu'après la comparution, et en cas de non-conciliation, le président renvoie les parties à se pourvoir sans citation préalable au bureau de conciliation, et autorise la femme à procéder sur sa demande. La nécessité de cette autorisation est une des conséquences du principe qui veut que la femme mariée ne puisse ester en justice sans avoir été autorisée ; il en résulte que ces formalités préalables, à défaut desquelles la demande n'aurait pu être introduite, ne sauraient être considérées comme constituant la demande elle-même. D'ailleurs l'instance ne commence en réalité que par l'acte introductif soumis, d'après l'article 307 du Code civil, aux formes ordinaires, et c'est évidemment un acte de cette nature, c'est-à-dire un ajournement, que l'article 1445 a entendu viser dans sa disposition finale. Cette opinion est corroborée par les articles 270 et 271 du Code civil, qui confèrent à la femme commune en biens la faculté de requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, et de faire prononcer la nullité de toute obligation contractée par le mari, et de toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent postérieurement à l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. Ces articles, bien que placés au titre du divorce, sont applicables à la séparation de corps, et il résulte de ces dispositions protectrices des intérêts de la femme que la communauté ne doit pas être considérée comme dissoute à cette période de la procédure.

SECTION IV

Conversion des séparations de corps en divorces.

989. Art. 310. — « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement du divorce, sur la demande formée par l'un des époux.

» Cette nouvelle demande sera introduite par assignation, à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président.

» Elle sera débattue en chambre du conseil.

» L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution.

» Le jugement sera rendu en audience publique. »

Ce texte diffère sur trois points de celui du Code civil :

1° La demande de conversion peut être faite par le demandeur ou par le défendeur à l'action en séparation ;

2° Le défendeur ne peut offrir de faire cesser la séparation, pour arrêter l'instance ;

3° Le tribunal apprécie s'il y a lieu à divorce.

990. Voici comment s'exprimait à ce sujet M. Labiche, rapporteur, au nom de la Commission du Sénat :

« La disposition que nous avons l'honneur de vous proposer est, sauf quelques changements peu importants, celle qui vous avait été précédemment distribuée. Elle a pour objet d'établir le système suivant : l'un ou l'autre des époux pourra, après trois ans de séparation de corps, porter à nouveau devant le tribunal les motifs de la désunion qui existe entre eux, et demander la conversion de la séparation de corps en divorce.

» Le tribunal aura à apprécier si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps peu-

vent, après les trois années d'épreuve, être considérés comme suffisants pour prononcer, non plus seulement le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture, c'est-à-dire le divorce.

» Mais, comme la séparation de corps prononcée depuis trois ans constitue jusqu'à un certain point un préjugé en faveur de la nécessité d'une rupture plus complète du lien conjugal, la disposition que nous vous proposons édicte, pour ce cas, une procédure plus simple, plus rapide, afin d'empêcher que le nouveau débat, qui est pour ainsi dire le complément du premier, rende nécessaire la procédure longue et compliquée exigée pour le divorce quand il est demandé sans passer par la séparation de corps. »

991. Dans son rapport à la Chambre des députés, lors du renvoi de cet article, ainsi modifié par le Sénat, M. Letellier s'exprimait ainsi :

« La Chambre des députés n'avait pas admis cette rédaction. Elle s'était refusée à déclarer pour ainsi dire *forclos* le demandeur qui, dans l'espoir d'une réconciliation rendue possible par cette épreuve, aurait fait prononcer d'abord la séparation de corps au lieu du divorce. Elle avait voulu reconnaître au bout de trois ans au demandeur comme au défendeur la faculté de faire transformer la séparation de corps en divorce, et elle avait réglé plusieurs points de procédure relatifs à cette transformation. Voici l'article tel qu'elle l'avait conçu :

« Art. 310. — Tout jugement de séparation de corps devenu définitif depuis trois ans au moins sera converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux sans requête, et par assignation à bref délai, en chambre du conseil.

» Le jugement qui prononcera le divorce sera rendu en audience publique par le tribunal qui aura prononcé la séparation de corps.

» Dans le cas où le jugement de séparation de corps,

devenu définitif depuis trois ans au moins, aurait été rendu par une juridiction aujourd'hui supprimée, ou par un tribunal situé dans une portion du territoire annexé à la France depuis que ce jugement a été rendu, les époux entre lesquels il sera intervenu pourront, pour en obtenir la conversion en jugement de divorce, s'adresser au tribunal qui serait compétent pour connaître des actions personnelles à introduire entre l'époux défendeur dans la nouvelle instance. »

» Le Sénat n'a accepté ni cette rédaction ni celle du Code. Il n'a pas voulu que, trois ans après la séparation de corps, le divorce fût prononcé de droit sur la requête de l'un des époux, et particulièrement de l'époux défendeur, et il a voté le texte suivant :

« ART. 310. — Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux.

» Cette nouvelle demande sera introduite par assignation, à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président.

» Elle sera débattue en chambre du conseil.

» L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public, et fixera le jour de la comparution.

» Ce jugement sera rendu en audience publique. »

» Autant on concevait la transformation de la séparation en divorce sur la seule constatation que la séparation avait duré trois ans, autant on conçoit peu l'action effective des tribunaux en cette matière.

» Les causes de séparation de corps et les causes de divorce sont les mêmes. Si l'époux qui a demandé la séparation il y a trois ans, et qui l'a obtenue, avait basé sur les mêmes faits une demande de divorce, il l'aurait donc obtenue également. Comment si, après trois ans, il demande à faire convertir sa séparation en divorce, le tribunal pourrait-il la lui refuser, alors surtout qu'aux faits

primitifs est venue s'ajouter une longue période d'épreuves? Évidemment, dans ce cas, les tribunaux accorderont toujours la conversion, et, dès lors, pourquoi leur demander un avis que les circonstances ne leur permettront jamais de refuser.

» S'il s'agit du défendeur, on conçoit, au contraire, difficilement sur quoi se fonderont les tribunaux pour accorder la conversion. Le défendeur, en effet, n'a aucun fait à invoquer, puisque c'est contre lui que le divorce a été prononcé, et pourtant le Sénat a voulu que le tribunal fût autorisé à juger que, même dans ce cas, il peut y avoir lieu d'accorder la conversion ; il l'a si bien voulu, que c'est sur la faculté accordée au défendeur comme au demandeur d'introduire l'instance à cet effet, qu'est intervenu l'accord entre les adversaires et les partisans de l'article 310. Mais alors, ou la faculté accordée au défendeur équivaudra, d'après la jurisprudence, à une obligation morale de prononcer la transformation de la séparation de corps en divorce sur sa requête, ou elle placera les tribunaux, les faisant ainsi sortir de leur rôle, dans la situation d'une espèce de conseil de famille jugeant en équité.

» Si l'article 310 du Sénat est difficile à justifier au point de vue strictement juridique, il est tout à fait injustifiable lorsqu'on se reporte à l'argument qu'ont invoqué ses auteurs. Je dis : *à l'argument*, car ils n'en ont invoqué qu'un. Un époux catholique, a-t-on dit, dont la religion proscrit le divorce, et qui aura à se plaindre de son conjoint, ne pourra plus se séparer de corps s'il sait qu'au bout de trois ans, et sans même que les tribunaux interviennent autrement que pour une simple formalité d'enregistrement, sa séparation pourra malgré lui entraîner le divorce.

» Vainement M. Naquet répondait-il que l'époux catholique n'aura qu'à ne pas se remarier pour être en règle avec sa foi ; vainement rappelait-il que l'article 310 existait lorsque le pape Pie VII venait sacrer Napoléon Ier à Notre-Dame ; vainement faisait-il remarquer qu'en Belgique, jamais les catholiques au pouvoir ne réclamaient

contre l'article 310, et que cela prouve surabondamment que leur liberté religieuse n'en est pas atteinte. Les adversaires du divorce n'en persévéraient pas moins à dénoncer l'article 310 comme attentatoire à la liberté de conscience des catholiques, et cet argument avait assez impressionné l'Assemblée du Luxembourg pour que les défenseurs de la loi aient dû souscrire à la transaction que résume la rédaction nouvelle.

» En fait, interdire le divorce à l'époux défendeur parce que le demandeur est catholique, ce serait forcer le premier à obéir aux préceptes d'une foi qui peut n'être pas la sienne; ce serait lui imposer, au nom d'une religion à laquelle il peut ne pas croire, une situation que la loi juge antisociale, et qu'elle n'autorise que par respect pour la liberté de ceux qui croient. Ce serait en un mot violer tous principes sur lesquels repose la sécularisation de l'État et mettre le bras séculier entre les mains du catholicisme.

» Si, comme le lui demandait d'abord M. Jules Simon et comme M. Lucien Brun le lui a demandé jusqu'à la fin, le Sénat était allé jusque-là, quelle que fût votre bonne volonté de doter au plus tôt le pays d'une loi attendue et dont la préparation a déjà trop duré, nous aurions été forcés de vous proposer de rétablir l'ancien texte voté par vous.

» Mais la transaction intervenue vous donne une demi-satisfaction. Le défendeur pourra demander au tribunal de transformer sa séparation en divorce sans qu'il soit dit qu'il sera tenu, pour l'obtenir, d'apporter des faits nouveaux. C'est une espèce de conseil officieux que la loi institue, et il dépendra de la jurisprudence de corriger ce que le nouvel article 310 a de mauvais. Les tribunaux n'auront pour cela qu'à se montrer très larges dans l'usage du droit de conversion que la loi leur confère. Votre Commission espère qu'il en sera ainsi, et c'est une des raisons qui la porte, malgré les objections sérieuses qu'elle y voit et qu'elle vient de vous exposer sincèrement, à vous proposer de donner votre adhésion même au nouvel article 310. »

992. *A fortiori*, en sera-t-il de même de l'article transitoire ?

Cet article ne distingue pas entre les séparations de corps prononcées antérieurement à la présente loi et celles qui le seront par la suite. Pour les unes, comme pour les autres, il exige que trois ans se soient écoulés entre l'époque où le jugement qui les a prononcées a été rendu et le moment de leur conversion possible en divorce. (Trib. de la Seine, 16 août 1884, Journal *la Loi* du 20.)

993. Une question pourra se présenter en cette matière.

Lorsqu'il s'agit de la conversion d'une séparation de corps en divorce, on doit présenter une requête au président à fin de convocation des parties en chambre du conseil ; le président, sur cette requête, rend une ordonnance, qu'il doit communiquer au juge rapporteur qu'il désigne et au ministère public.

Cette ordonnance est le titre en vertu duquel le demandeur en conversion pourra citer la partie adverse. Devra-t-il donner copie de l'ordonnance en tête de sa citation? Oui, au premier abord ; mais si c'est une ordonnance de soit-communiqué, le demandeur n'en connaît que l'existence, elle ne revient pas entre ses mains, mais passe directement dans celles du procureur de la République et du juge rapporteur ; comment le demandeur pourra-t-il, dans ce cas, donner copie de son titre dans sa citation ?

Nous pensons que, dans ce cas spécial, la copie du titre ne sera pas indispensable, et qu'il suffira que le demandeur vise l'ordonnance dans sa citation sans en donner copie.

994. D'après une note du tribunal de la Seine, adressée aux avoués, lorsqu'il s'agira d'une demande en divorce principale, l'avoué du demandeur devra, au préalable, déposer à la 1re chambre son projet de requête avec une fiche sur laquelle M. le président indiquera le jour et l'heure auxquels le demandeur en divorce devra se présenter devant lui, assisté de son avoué.

D'où il résulte que le demandeur se présentera avec son avoué devant le président au jour indiqué sur la fiche. Le président lui fera les observations qu'il croira devoir faire. Si le demandeur persiste, alors le président répondra à la requête ; au jour indiqué dans la requête, les deux époux se présenteront seuls en conciliation devant le président.

FORMULAIRE SPÉCIAL

CONTENANT

LES MODÈLES DES DIFFÉRENTS ACTES

DE LA

PROCÉDURE DU DIVORCE

N° 1. — Requête contenant la demande en divorce.

A M. le Président du Tribunal de première instance de

(*Prénoms, nom, profession et domicile*), ayant pour avoué Me (*nom*),

A l'honneur de vous exposer qu'il (ou elle) a contracté mariage devant l'officier de l'état civil de (*nom de la commune*), le , avec (*prénoms, nom, profession et domicile*);

Que (*Détailler les griefs*) ;

Que ces faits constituent le délit d'adultère rentrant dans les termes de l'article 229 (*ou bien*) de l'article 230.... *ou bien;*

Que ces faits constituent des excès, sévices ou injures graves qui, aux termes de l'article 231 du Code civil, autorisent les exposants à demander le divorce.

Pourquoi l'exposant requiert qu'il vous plaise, M. le Président,

Dresser procès-verbal de sa comparution et de la remise en vos mains de sa requête à fin de divorce,

Et des pièces à l'appui.

(*Signature de l'exposant ou de l'exposante et de l'avoué.*)

En cas de maladie du demandeur, la formule sera modifiée ainsi :

A M. le Président.

(*Comme précédemment.*)

(*Ajouter*) Qu'il (ou elle) est empêché par maladie, ainsi qu'il (ou elle) en justifie par les deux certificats de médecin ci-joints, de paraître devant M. le Président.

Pourquoi, l'exposant (ou l'exposante) requiert qu'il vous plaise, M. le Président,

Vous transporter en son domicile, sis à conformément à l'article 236 du Code civil.

N° 2. — Procès-verbal du Président.

L'an , le , à heures ;

Devant nous (*prénoms et nom*), Président du Tribunal de première instance séant à , assisté de (*prénoms et nom*), greffier près du même Tribunal ;

En notre cabinet, au palais de justice ;

En conformité de l'article 236 du Code civil ;

A comparu M. (*prénoms, nom, profession et domicile*) ;

Lequel (ou laquelle) nous a présenté la requête signée de lui (ou d'elle) et de son avoué, détaillant les faits et contenant la demande en divorce, qu'il (ou elle) forme contre sa femme ou son mari (*prénoms et nom de famille*).

Après avoir entendu le comparant (la comparante), nous lui avons fait les observations crues convenables ; nous avons paraphé la demande (*s'il a été produit des pièces à l'appui*) et les pièces, et avons dressé de la remise en nos mains le présent procès-verbal, que nous avons signé avec le comparant (la comparante) et le greffier (*ou :* que

nous avons signé avec le greffier, le comparant (ou la comparante) ayant declaré ne savoir signer).

(*Signatures du comparant, du greffier, du président, ou du président et du greffier.*)

N° 3. — Ordonnance qui doit suivre le procès-verbal ci-dessus pour convoquer les parties en conciliation.

Par ces motifs,

Nous, Président, ordonnons que les parties comparaitront en personne devant nous, en notre cabinet, au palais de justice, le , à heures ; ordonnons que copie de notre présente ordonnance sera adressée au défendeur (ou à la défenderesse), (*nom, prénoms et domicile*) par le ministère de (*nom, prénoms et domicile*), huissier audiencier, par nous commis à cet effet,

Fait au palais de justice, le .

(*Signature du Président.*)

N° 4. Procès-verbal de non-conciliation lorsque le défendeur a comparu

Le (*jour, mois et an*), à heures ;

Devant nous (*noms et prénoms*), Président du Tribunal de première instance de ; assisté de (*nom et prénoms*), notre greffier ;

En notre cabinet, au palais de justice ;

En exécution de notre ordonnance du , suivant exploit de (*nom et prénoms*), huissier audiencier, commis par nous à cet effet, en date du , dont l'original nous a été représenté ;

Conformément à l'article 239 du Code civil, ainsi conçu : (*texte de l'article*) ;

Ont comparu (*nom du demandeur ou de la demanderesse*) et (*noms du défendeur et de la défenderesse.*)

Nous avons fait aux comparants les représentations de

nature à opérer un rapprochement; mais n'ayant pu y parvenir, nous avons dressé le présent procès-verbal, pour servir ce que de droit, avons ordonné et ordonnons par ces présentes communication de la requête introductive d'instance avec les pièces à l'appui au ministère public et référé du tout au Tribunal.

(*Signature du président et du greffier.*)

(*Si le défendeur n'a pas comparu*),

Même formule (*ajouter après le nom du demandeur ou de la demanderesse*) :

Lequel (ou laquelle) a requis défaut contre M. (*nom du défendeur ou de la défenderesse*) non comparant, quoique dûment appelé.

Attendu que ledit (ou ladite) ne comparait pas, quoique dûment appelé, donnons défaut, etc.

(*Suite de la formule précédente.*)

N° 5. — Permission de citer.

Audience du .

Le Tribunal,

Sur le référé à lui fait, en chambre du conseil, par M. le Président, de la demande en divorce formée par M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), contre M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), entre lesquels ce magistrat n'a pu opérer un rapprochement, ainsi que cela résulte du procès-verbal dressé par lui, le ;

Ouï, en chambre du conseil, M. le président en son rapport, et M. le procureur de la République en ses conclusions ;

Et vu l'article 240 du Code civil ;

Accorde à M. (*prénoms et nom*), la permission de citer, ou suspend pour jours la permission de citer.

(*Signatures.*)

N° 6. — Signification de la requête introductive et des pièces à l'appui, avec assignation à comparaître devant le Tribunal siégeant à huis clos.

L'an , le ;

A la requête de M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel (ou laquelle) domicile est élu en l'étude de Me (*nom*), avoué au Tribunal de première instance de demeurant à , rue , n° , lequel est constitué et occupera pour le requérant sur la présente assignation et ses suites,

J'ai (*prénoms, nom, immatricule et domicile de l'huissier*), soussigné, signifié et donné copie à M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), où étant et parlant à.....

1° D'une requête présentée par le requérant (ou la requérante) à M. le Président du Tribunal de première instance séant à , le , contenant la demande en divorce qu'il (ou qu'elle) forme contre le défendeur, et des pièces à l'appui;

2° De l'expédition d'un procès-verbal dressé en exécution de l'article 237 du Code civil par M. le Président du Tribunal susdit, le , constatant la comparution du requérant (ou de la requérante) devant lui et la non-conciliation des parties, ainsi que de l'ordonnance de communication au ministère public et référé du tout au Tribunal;

3° De l'expédition dûment en forme de la permission de citer, accordée par le Tribunal à l'audience publique, le ;

A ce qu'il (ou qu'elle) n'en ignore;

J'ai, huissier soussigné donné assignation à , d'avoir à comparaître à huitaine franche, en l'audience à huis clos par devant MM. les présidents et juges composant le Tribunal de , et séant au palais de justice à heures;

Pour, par les faits énoncés en la requête ci-jointe, voir dire et juger que le divorce doit être prononcé entre lui (ou elle) et le requérant (ou la requérante), et que le re-

quérant (ou la requérante) sera autorisé à l'appeler devant l'officier de l'état civil compétent, dans les délais de la loi, pour entendre prononcer le divorce; s'entendre également ledit (ou ladite) condamner aux dépens ;

Attendu que le divorce entraine la dissolution de la communauté ;

Voir dire qu'il sera procédé aux opérations de la liquidation de la communauté par devant Me , notaire à

Voir nommer un de MM. les juges rapporteurs en cas de contestations.

(*Si la femme requérante demande l'administration provisoire des enfants.*)

Énoncer les motifs :

Voir dire et juger que tant que durera la présente instance, l'administration et la garde des enfants issus du mariage seront provisoirement confiées à la requérante ; voir déclarer le jugement à intervenir de ce chef exécutoire par provision nonobstant appel et sans caution.

(*Dans le cas d'une demande à fin de pension alimentaire et de provision* ad litem *par la femme.*)

Attendu qu'aux termes de l'article 268 du Code civil ;

Attendu que le chiffre de cette pension ne saurait être inférieur, à raison de la situation de fortune de M. (*nom*), des habitudes des époux et des besoins de la requérante, à (*indiquer le chiffre*) ;

Attendu, en outre, que la requérante est en droit de réclamer une provision de (*indiquer le chiffre*) pour les frais du procès;

Voir ordonner que jusqu'à qu'il ait été statué définitivement sur la demande en divorce, le demandeur sera tenu de payer à la requérante une pension alimentaire de (*indiquer le chiffre*) par mois, exigible d'avance, à compter de ce jour, et en outre une somme de (*indiquer le chiffre*) à titre de provision *ad litem;*

Voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir de ces chefs, nonobstant appel et sans caution.

Je lui ai, parlant à.....

N° 6 *bis*. — Constitution d'avoué.

(*Comme en matière ordinaire.*)

N° 7. — Placet d'audience.

(*Comme en matière ordinaire.*)

N° 8. — Avenir pour appeler à l'audience à huis clos le défendeur qui a constitué avoué sur l'assignation formulée au n° 6.

A la requête de (*nom*), ayant Me (*nom*), pour avoué,

Soit nommé Me (*nom*), avoué de (*nom*),

De comparaître et faire comparaître sa partie si bon lui semble, à heures, à l'audience à huis clos de la chambre du Tribunal de , pour y entendre exposer les motifs de la demande en divorce formée par M. (*nom*), et voir nommer les témoins que ledit sieur (ou ladite dame) (*nom*) fera entendre en temps et lieu;

Lui déclarant que, faute de ce faire et de présenter ses observations sur les motifs de la demande, les pièces à l'appui et les témoins nommés et nommer ses propres témoins, il sera tiré de son silence et de sa non-comparution tels avantages que de droit.

Sous toutes réserves,

Dont acte,

Pour original.

(*Signature de l'avoué.*)

Au dos :

Signifié, laissé copie par moi, huissier-audiencier, soussigné, à M. (*nom*), en son étude, où étant et parlant à un clerc ainsi déclaré.

Coût.....

(*Signature de l'huissier.*)

N° 9. — Procès-verbal de comparution des parties à l'audience à huis clos.

L'an , le , à heures;

A l'audience à huis clos tenue par le Tribunal de

A comparu (*nom, prénoms, profession, etc.*), assisté de Me (*nom*), son avoué,

Lequel a exposé ou fait exposer par son conseil les motifs de la demande en divorce contre M. (*prénoms, nom, profession et domicile*);

Le comparant, pour appuyer sa demande, a représenté les pièces dont l'énonciation suit :

(*Énumérer les pièces.*)

Et il a nommé les témoins suivants, qu'il se propose de faire entendre :

(*Désigner les témoins.*)

Ou : Le comparant s'est réservé de nommer ultérieurement les témoins qu'il se propose de faire entendre;

A également comparu M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), assisté de son avoué Me (*nom*);

Lequel comparant (ou laquelle comparante), sous la réserve la plus expresse de tous moyens de nullité, fins de non-recevoir, exceptions de forme et du fond et de tous autres de droit, a présenté ou fait présenter telles observations et telles pièces à l'appui (*résumer les observations et désigner les pièce*)*s,* et a nommé les témoins suivants, qu'il se propose de faire entendre :

(*Désigner les témoins.*)

Ou : a déclaré se réserver la faculté de nommer ultérieurement les témoins qu'il (ou elle) se propose de faire entendre.

Ou (*si la partie défenderesse ne comparaît pas en personne*) *:* a comparu Me (*nom*), avoué à ce Tribunal, occupant pour M. (*prénoms, nom, profession et domicile*) ;

Lequel, sous la réserve la plus expresse de tous moyens de nullité, fins de non-recevoir, exceptions de forme et du fond et de tous autres droits, a nommé les témoins sui-

vants, qu'il se propose de faire entendre . . . . . .

Ou (si la partie défenderesse ne comparaît ni en personne ni par avoué):

La partie défenderesse n'a pas comparu.

Lecture ayant été donnée aux comparants dudit procès-verbal, il a été signé par eux avec leurs avoués, ainsi que par le Président et le greffier.

(*Signatures.*)

N° 10. — Jugement de renvoi à l'audience publique.

Le Tribunal,

Statuant en audience publique,

Renvoie les parties à l'audience publique qui sera tenue le , à heures;

Ordonne la communication de la procédure au ministère public;

Commet M. , juge, pour le rapport.

(*Si la partie défenderesse ne comparaît pas.*)

Attendu que la partie défenderesse ne comparaît pas ni personne pour elle, quoique dûment appelée;

Donne défaut contre elle;

Dit que le demandeur sera tenu de lui signifier la présente ordonnance dans le délai de jours par (*nom*), huissier-audiencier, que nous commettons à ces fins.

(*Signatures du président et du greffier.*)

N° 11. — Exploit de signification du procès-verbal de comparution et de l'ordonnance du Tribunal qui renvoie les parties à l'audience publique (*si la partie défenderesse a fait défaut*).

L'an , le ;

A la requête de (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel (ou laquelle) domicile est élu en l'étude de Me (*nom*), avoué à , demeurant à , rue , n° ;

J'ai (*prénoms, nom, immatricule et domicile de l'huissier*), soussigné, commis à cet effet, signifié et donné copie à M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), en son domicile, et parlant à.....

De l'expédition du procès-verbal de la comparution, des dires et observations du requérant, dressé en exécution de l'article 214 du Code civil, à l'audience à huis clos de la première chambre du Tribunal de première instance séant à , le ; et de l'ordonnance du Tribunal, rendue à l'audience publique du même jour, qui renvoie les parties à l'audience publique du Tribunal du , à heures.

Et lui ai, parlant comme ci-dessus, laissé copie de ladite expédition et des présentes.

Coût.....
(*Signature.*)

N° 12. — Notification à avoué du procès-verbal de comparution des parties en audience à huis clos, et de l'ordonnance de renvoi en audience publique.

A la requête de (*nom*), ayant Me (*nom*), pour avoué,

Soit signifié et en tête de celle des présentes laissé copie à Me (*nom*), avoué de Mme (*nom*),

De l'expédition dûment en forme d'un procès-verbal de comparution, de dires et observations du requérant (*le reste comme précédemment*).

Soit en conséquence sommé ledit Me (*nom*) de comparaître et faire comparaître sa partie le , à l'audience publique de la chambre, à heures du matin, défaut de suite pour voir ordonner la communication de la procédure au ministère public et voir nommer un juge rapporteur;

Lui déclarant que, faute de ce faire dans ledit délai et icelui passé, il sera tiré de sa non-comparution, tels avantages que de droit.

Sous toutes réserves,
Dont acte,
Pour original.
(*Signature de l'avoué.*)

N° 13. — Assignation du défendeur en audience publique pour entendre prononcer le divorce, et subsidiairement ordonner la preuve des faits allégués.

L'an mil huit cent, le , à la requête, etc. (*formule ordinaire de l'assignation*);

Signifié, laissé copie de l'expédition du procès-verbal de la comparution des parties, à l'audience à huis-clos, en la chambre de ce tribunal, le , dressé en exécution de l'article 244 du Code civil et de l'ordonnance du Tribunal, rendu à l'audience publique du même jour, qui renvoie les parties à l'audience publique de la chambre de ce tribunal. Et à même requête, élection de domicile et constitution d'avoué que dessus, j'ai, huissier, etc., etc. (*forme ordinaire des assignations*).

Attendu que, conformément aux dispositions de l'article 245 du Code civil, le Tribunal, par ordonnance rendue le , a renvoyé les parties à l'audience publique de la chambre et a ordonné la communication de la procédure au ministère public, et a nommé M. , juge à ce tribunal, pour faire son rapport ;

Que, d'après les dispositions des articles 246 et 247 du Code civil, il a y lieu, après avoir entendu le juge commissaire en son rapport et M. le procureur de la République en ses conclusions, de statuer d'abord sur les fins de non-recevoir que la partie défenderesse croirait pouvoir proposer, et, la demande en divorce étant admise, de statuer immédiatement au fond ;

Que les griefs du demandeur (ou de la demanderesse) rentrent dans ceux prévus par la loi (art. 229. 230, ou 231 du Code civil) ;

Par ces motifs :

Voir autoriser le divorce entre les parties, et autoriser le demandeur (ou la demanderesse) à se présenter devant l'officier de l'état civil, le défendeur (ou la défenderesse) dûment appelé pour faire prononcer le divorce.

Subsidiairement, pour le cas où les faits allégués ne paraitraient pas suffisamment prouvés, donner acte au (ou à la) requérant de ce qu'elle offre la preuve par tous moyens de droit, et notamment par témoins des faits suivants :

(*Énumérer les faits.*)

Voir autoriser le demandeur (ou la demanderesse) à faire la preuve de ces faits et voir fixer le jour et l'heure auxquels il (ou elle) devra faire ces épreuves;

S'entendre, le défendeur (ou la défenderesse), en cas de contestation, condamner aux dépens;

Déclarer le jugement à intervenir exécutoire par provision, nonobstant appel et sans caution.

Pour original (*copie*).

N° 14. — Jugement qui admet la demande en divorce.

Le Tribunal,

Ouï M. , juge, en son rapport;

Ouï M. , avocat du demandeur, assisté de Me , avoué, et de M. , avocat du défendeur, assisté de Me , avoué;

Ouï M. , substitut du procureur de la République, en ses conclusions;

Attendu qu'aucune fin de non-recevoir n'a été proposée ;

Vu l'article 246 du Code civil;

Admet la demande en divorce ; réserve les dépens.

(*Dans le cas où le jugement est par défaut.*)

Le Tribunal,

Ouï M. , juge, en son rapport ;

Ouï en ses conclusions Me (*nom*), avoué de (*nom*), présent à l'audience;

Ouï M. le procureur de la République,

Jugeant en dernier ressort, après en avoir délibéré;

Attendu que le défendeur (ou la défenderesse) régulièment assigné ne comparait pas;

Attendu qu'aucune fin de non-recevoir n'est proposée;
Donne défaut contre le défendeur (ou la défenderesse),
Admet la demande en divorce; réserve les dépens.

N° 15.— Jugement qui, après la prononciation de celui qui précède, statue sur le fond après conclusions du ministère public et le Rapport sur le fond, par le juge commis à cet effet, autorise la preuve.

Le Tribunal,

Ouï M. , juge, en son rapport sur le fond de la demande; ouï, M. , avocat du demandeur, assisté de Me , avoué, et de M. , avocat; du défendeur, asssisté de Me , avoué;

Ouï M. , substitut du procureur de la République, en ses conclusions;

Attendu que les faits allégués par le demandeur, pour établir son action en divorce, sont pertinents;

Ouï M. le procureur de la République, en ses conclusions;

Attendu que (*les motifs*);

rejette ou admet le reproche proposé; en conséquence, ordonne que le témoin (*nom et prénoms*) sera (*ou ne sera pas*) entendu;

Ordonne que les témoins dont les noms précèdent (*s'il y a lieu*), à l'exception de M. (*nom et prénoms du témoin écarté*), seront entendus dans l'enquête fixée aux (*jour et heure*).

Ainsi jugé, etc.

(*Signatures.*)

N° 16. — Jugement qui admet la demande en divorce et statue sur le fond sans enquête.

Le Tribunal,

Ouï M. , juge, en son rapport;

Ouï Me (*nom*), avoué du demandeur (ou de la demanderesse), en ses conclusions ;

Ouï M. le procureur de la République en ses conclusions ;

Ouï Me ..., avoué du défendeur, en ses conclusions (*ou si ce dernier ne comparait pas*) ; attendu que le défendeur, régulièrement assigné, n'a pas comparu ;

Attendu qu'aucune fin de non-recevoir n'est proposée :

Vu l'article 246 du Code civil ;

(*Si la procédure est par défaut*) : Attendu qu'il y a lieu d'admettre la demande en divorce ;

Donne défaut contre le défendeur ;

Admet la demande en divorce ;

Réserve les dépens.

N° 17.— Jugement qui intervient après la prononciation de ce dernier, après les conclusions au fond du ministère public et le rapport du juge sur le même objet.

Le Tribunal,

Ouï M. , juge, en son rapport, sur l'admission du divorce ;

Ouï en ses conclusions Me (*nom*), avoué du demandeur (*si l'affaire est contradictoire*) ; ouï en ses conclusions Me , avoué du défendeur ;

Ouï en ses conclusions M. (*nom*), substitut du procureur de la République ;

(*Si la procédure est par défaut*) : Attendu que le défendeur, quoique régulièrement assigné, ne comparait pas ;

Attendu que (*les motifs spéciaux*) ;

Attendu que les faits sur lesquels le demandeur établit son action en divorce sont justifiés et qu'il y a lieu de faire immédiatement droit au fond ;

(*Si la procédure est par défaut*) Donne défaut contre le défendeur ;

Admet le divorce (*prénoms et nom*) et (*prénoms et nom*) ; en conséquence, autorise le demandeur à se retirer devant

l'officier de l'état civil pour le faire prononcer; condamne le défendeur aux dépens.

Ainsi jugé, etc.

(*Signatures.*)

N° 18.— Conclusions pour rejeter la demande en divorce, à poser à l'audience par l'avoué défendeur.

Conclusions :

Pour M. (*nom*),
défendeur (*nom de l'avoué*) ;
Contre madame (*nom*),
demanderesse (*nom de l'avoué*).

Plaise au Tribunal :

Attendu que M. (*nom*) a formé contre sa femme une demande en divorce;

Attendu que (*contester que les motifs soient concluants*) ;

Par ces motifs :

Rejeter la demande en divorce et condamner le demandeur aux dépens.

Sous toutes réserves de conclure à toutes autres fins.

(*Signature de l'avoué.*)

N° 19. — Conclusions exposant les fins de non-recevoir à poser à l'audience par l'avoué défendeur.

Conclusions :

Pour (*nom*), défendeur ou défenderesse (*nom de l'avoué*) ;
Contre M. (*nom*), demandeur (ou demanderesse), (*nom de l'avoué*).

Plaise au Tribunal :

Attendu que M. (*nom*) a intenté contre sa femme une demande en divorce;

Qu'il fonde sa demande sur les fai suivants qu'il allègue.....;

Que ces faits, en les supposant vrais, ne peuvent servir de base à une action en divorce de la part du demandeur, parce que cette action est éteinte par la réconciliation, ainsi qu'il résulte des faits suivants.....

(*Ou bien exposer les autres fins de non-recevoir, défaut de qualité, etc.*)

Par ces motifs :

Donner acte à (*nom*) de ce qu'il articule et offre de prouver les faits de réconciliation (*ou autres*) sus-désignés ;

Dire que le demandeur ne les ayant pas déniés en temps utile, ils doivent être tenus pour avérés et reconnus ;

En conséquence, déclarer la partie demanderesse non recevable dans son action en divorce et la condamner aux dépens ;

(*Ou :*)

Autoriser le concluant à faire la preuve de ces faits par tous moyens de droit, notamment par les témoins qui seront dénommés, fixer le jour et l'heure auxquels elle devra les présenter ;

Condamner le demandeur aux dépens. Ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant appel.

Sous toutes réserves.

(*Signature de l'avoué.*)

Les conclusions, avant d'être posées, doivent être signifiées à avoué.

N° 20. — Conclusions aux fins de faire rejeter les fins de non-recevoir opposées par le défendeur.

Conclusions :

Pour M. (*nom*), demandeur (ou demanderesse), (*nom de l'avoué*) ;

Contre M. (*nom*), défendeur (ou défenderesse), (*nom de l'avoué*).

Plaise au Tribunal :

Attendu que la (ou les) fin de non-recevoir opposée par le défendeur (ou la défenderesse) repose sur les faits suivants :

(*Énumérer ces faits.*)

Attendu que (*discuter ces faits*);

Attendu que ces faits ne sont ni admissibles ni concluants et sont en tous cas déniés;

Par ces motifs :

Déclarer les faits ci-dessus énoncés et discutés inadmissibles et non concluants; donner acte au demandeur de ce qu'il les dénie formellement, et, sans avoir égard à la demande de preuve de la partie défenderesse, rejeter la fin de non-recevoir proposée par elle;

Admettre en conséquence la demande en divorce, condamner la partie défenderesse aux dépens de l'incident;

Et réserver les dépens de la demande principale.

Sous toutes réserves de fait et de droit.

(*Signature de l'avoué.*)

N° 21. — Jugement qui rejette la fin de non-recevoir opposée à la demande d'admission.

(Code civil, art. 246, 272.)

Le Tribunal :

Ouï M. (*nom*), juge, en son rapport. Ouï, en leurs conclusions et plaidoiries, M. (*nom*), avocat, assisté de Me (*nom*), avoué de (*nom*), demandeur présent en personne à l'audience; M. (*nom*), avocat, assisté de Me (*nom*), avoué de (*nom*);

Le ministère public entendu; après en avoir délibéré conformément à la loi, jugeant en premier ressort;

Attendu que (*nom*) soutient que l'action en divorce formée contre lui est éteinte par la réconciliation;

Attendu que (*motifs*);

Qu'il résulte de ce qui précède que la fin de non-recevoir, proposée par le défendeur n'est pas concluante;

Rejette la fin de non-recevoir proposée par le défendeur;

Admet la demande en divorce;

Condamne le défendeur aux dépens de l'incident; réserve les dépens de la demande au principal;

Et renvoie les parties à plaider sur le fond à l'audience du.....

(*Signatures.*)

N° 22. — Jugement qui admet la fin de non-recevoir.

Le Tribunal :

(*V. le n° précédent.*)

Attendu que (*motifs*);

Attendu qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a eu réconciliation entre les époux (*noms*);

Attendu qu'aux termes de l'article 272 du Code civil, l'action est éteinte par la réconciliation des époux survenue depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action (ou depuis la demande en divorce);

Admet la fin de non-recevoir proposée par le défendeur;

Déclare le demandeur non recevable en son action en divorce et le condamne aux dépens.

N° 23. — Qualités d'un jugement interlocutoire par défaut qui ordonne l'enquête.

Entre M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), demandeur, concluant et plaidant par M. (*nom*), avocat, assisté de Me (*nom*), avoué, d'une part;

Et madame (*prénoms, nom, profession, et domicile*), défenderesse, défaillante, faute de comparaître;

Sans que les présentes qualités puissent nuire ni préjudicier aux intérêts des parties ;

Point de fait :

Le sieur (*nom*) a présenté, le , à M. le Président du Tribunal de première instance de , séant à , une requête détaillant les faits sur lesquels il entendait baser sa demande en divorce. Suivant procès-verbal en date du , M. le Président a donné acte au sieur (*nom*) de la remise de la requête susdésignée et des pièces à l'appui, et a ordonné au bas de son procès-verbal que les parties comparaîtraient devant lui, en son cabinet, au Palais de Justice, le , à heures, et qu'à cet effet, copie de son ordonnance serait adressée à la défenderesse par Me , huissier commis à cet effet. Suivant exploit de , huissier susnommé, en date du , la dame (ou le sieur) (*nom*) a été assignée à comparaître en personne le (*jour et heure*), devant M. le Président, en son cabinet, pour entendre conjointement avec le demandeur les représentations que M. le Président croirait propres à opérer un rapprochement, et, s'il ne pouvait y parvenir, voir dresser procès-verbal de la comparution, et ordonner la communication de la demande des pièces au ministère public et le référé du tout au Tribunal ;

Sur ce référé, et après avoir entendu le ministère public en son avis, le Tribunal accorda à l'audience publique à la date du , la permission de citer ;

En vertu de la permission du Tribunal, le demandeur, par exploit de (*nom*), huissier à , en date du , a fait donner assignation au défendeur (ou à la défenderesse) à comparaître en personne, dans le délai de la loi, à dix heures du matin, à l'audience à huis clos de la chambre du Tribunal de première instance séant à , pour (*énoncer les motifs de l'assignation*) entendre admettre le divorce entre le demandeur et le défendeur ; en conséquence, autoriser le demandeur à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer, et, pour le cas ou le Tribunal ne trouverait pas les faits suffisamment

établis, lui voir donner acte de ce qu'il ..... (*comme précédemment*), et s'entendre, le défendeur (ou la défenderesse) condamner aux dépens.

Les délais de l'assignation étant expirés, la cause a été appelée à l'audience du .

A l'audience à huis clos tenue ce jour, le demandeur, présent en personne, a fait exposer les motifs de sa demande; il a représenté les pièces à l'appui, il a nommé les témoins qu'il se propose de faire entendre;

Il a été dressé procès-verbal de la comparution des dires et observations du demandeur. Lecture en a été donnée audit demandeur, qui a été requis de signer, et mention a été faite sur le procès-verbal de cette signature. Après ces formalités, le Tribunal a renvoyé les parties à l'audience publique du , à heures , a ordonné la communication de la procédure au ministère public, a commis M. juge pour le rapport. Il a été enjoint au demandeur de faire signifier au défendeur (ou à la défenderesse) l'ordonnance du Tribunal dans le délai de .

Cette ordonnance a été signifiée à la défenderesse suivant exploit de (*nom*), huissier à ce commis , en date du . Au jour et à l'heure indiqués, M. , juge, a été entendu en son rapport et le ministère public en ses conclusions; après quoi la demande en divorce a été admise par le Tribunal. Immédiatement après cette admission de la demande en divorce, M. , juge a fait son rapport sur le fond. Me (*nom*), avoué du sieur (*nom*), s'est présenté à la barre, a repris et développé ses conclusions et a requis défaut contre la dame (*nom*) non comparante, ni personne pour elle, quoique dûment appelée, et pour le profit il a demandé à ce que le Tribunal lui adjugeât les conclusions de son exploit introductif d'instance. La cause, en cet état, présentait à juger les questions suivantes :

Point de droit :

Le tribunal devait-il prononcer défaut contre la dame (*nom*) non comparante, ni personne pour elle, quoique dû-

ment appelée ? Devait-il prononcer l'admission du divorce ? *Quid* des dépens ?

Sous toutes réserves. (*Signature de l'avoué.*)

N° 24. — Qualités pour un jugement interlocutoire, rendu contradictoirement, qui admet le demandeur en divorce à la preuve des faits par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire.

Audience du

Entre 1° (*comme dans les qualités ordinaires*).

Point de fait. (*Le commencement comme dans la formule précédente.*)

Après la relation de l'assignation, on continue :

Par acte d'avoué à avoué, en date du , Me (*nom*), avoué, déclara se constituer pour le défendeur (ou la défenderesse).

Le délai de l'ajournement étant expiré, la cause a été mise au rôle général du Tribunal et distribuée à la chambre ; sur l'avenir donné par Me , avoué demandeur, l'affaire est venue à l'audience de ce jour.

A l'audience à huis clos, le demandeur, présent en personne, a fait exposer les motifs de sa demande ; il a représenté les pièces à l'appui, et a nommé les témoins qu'il se propose de faire entendre;

Le défendeur, présent en personne (*ou :* par l'organe de son avoué, Me (*nom*), a fait proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande, que sur les pièces produites par le demandeur (ou la demanderesse), et les témoins par lui (ou par elle) nommés ;

Le défendeur a nommé, de son côté, les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels le demandeur a fait ses observations (*ou :* n'a pas fait d'observations);

Il a été dressé procès-verbal. Cette ordonnance du Tribunal a été signifiée à la defenderesse par acte d'avoué à avoué en date du . Au jour indiqué

Immédiatement après l'admission de la demande en divorce, M. juge, a fait son rapport au fond. Me (*nom*),

avoué du sieur (*nom*), demandeur présent en personne à l'audience, a déposé des conclusions tendant à ce qu'il plût au Tribunal (*copier le dispositif des conclusions*). Me (*nom*), avoué de la défenderesse, a lu et déposé des conclusions en réponse, tendant à ce qu'il plût au Tribunal (*copier le dispositif des conclusions*).

Le ministère public a été entendu en ses conclusions. La cause en cet état présentait à juger les questions suivantes :

Point de droit :

Le Tribunal devait-il admettre le divorce ? Subsidiairement devait-il autoriser le demandeur à faire la preuve des faits par lui articulés? Devait-il, au contraire, déclarer le sieur (ou la dame) (*nom*) non recevable en sa demande? *Quid* des dépens ?

(Ces qualités se signifient par acte d'avoué à avoué dans la forme accoutumée, avec avenir en règlement.)

N° 25. — Signification à avoué du jugement contradictoire à fin d'enquête.

A la requête de M. (*nom*), ayant pour avoué Me (*nom*).

Soit signifié et en tête de celles des présentes laissé copie à Me (*nom*), avoué de la partie défenderesse (*nom*), de l'expédition en forme exécutoire du jugement ordonnant l'enquête rendue contradictoirement par le Tribunal de première instance, le .

Sous toutes réserves.

Dont acte,

Pour original,

(*Signature de l'avoué.*)

Au dos :

Soit signifié et laissé copie à Me (*nom*), en son étude, où étant et parlant à..., ainsi déclaré par moi, huissier soussigné.

(*Signature de l'huissier.*)

N° 26. — Signification au défendeur défaillant du jugement qui ordonne l'enquête.

L'an , le , à la requête de M. (*nom*), *profession et domicile*), pour lequel (ou laquelle) domicile est élu en l'étude de Me (*nom*), avoué près le Tribunal civil de première instance de , demeurant à , rue , n° ;

J'ai (*prénoms, nom, immatricule et domicile de l'huissier*), soussigné, à ce commis, signifié et en tête de celles des présentes laissé copie à M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), où étant et parlant à...

De l'expédition dûment en forme exécutoire d'un jugement rendu par défaut entre les parties susnommées par le Tribunal civil de première instance de , contenant dénonciation des faits dont le requérant a été autorisé à faire la preuve. Et à même requête, demeure et élection de domicile que dessus, j'ai, soussigné, donné assignation au susnommé à comparaître le , à heures , à l'audience du Tribunal de , pour être présent (ou présente), si bon lui semble, à l'enquête dont s'agit ;

Lui déclarant que, faute par lui (ou elle) de comparaître auxdits lieu, jour et heure, il sera procédé, tant en son absence qu'en sa présence.

Je lui ai, audit domicile, etc.

N° 27. — Assignation aux témoins.

(*Dans la forme ordinaire.*)

N° 28. — Procès-verbal d'enquête.

(*Dans la forme ordinaire.*)

N° 29. — Signification de ce procès-verbal.

A la requête de M. (*nom*), ayant Me (*nom*) pour avoué,

Soit signifié et en tête de celles des présentes laissé copie :

1° De l'expédition dûment en forme d'un procès-verbal d'enquête clôturé le .

2° D'une ordonnance du Tribunal rendue à l'audience publique du même jour qui renvoie les parties à l'audience publique du Tribunal à heures.

Au dos : Sous toutes réserves,

Soit signifié Pour original.

N° 30. — Conclusions à fin de divorce après l'enquête.

Conclusions :

Pour M. (*nom*),

demandeur (ou demanderesse),

M. (*nom*).

Contre M. (*nom*),

défendeur (ou défenderesse),

M. (*nom*).

Plaise au Tribunal :

Attendu que le demandeur a fourni la preuve des faits sur lesquels il fondait son action en divorce ;

Que (*motifs*) ;

Par ces motifs :

Admettre le divorce entre le concluant (ou la concluante) et le sieur (ou la dame) (*nom*), en conséquence l'autoriser à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer ;

Et condamner le sieur (ou la dame) (*nom*) aux dépens dont distraction au profit de Me (*nom*), avoué aux offres de droit ;

(*Ou encore, s'il y a lieu, si la femme est demanderesse.*)

Et attendu que le divorce entraine la liquidation de la communauté ;

Ordonner qu'il sera procédé par Me (*nom*), notaire, qui a reçu le contrat de mariage des époux, aux opérations de ladite communauté en cas d'acceptation de la part de la dame (*nom*), et dans tous les cas à la liquidation de ses reprises à raison de ses biens propres, nommer l'un de MM. les juges sur le rapport duquel le Tribunal décidera les contestations qui pourront s'élever ;

Statuer ce que de droit relativement aux dépens.

En ce qui touche les enfants :

Attendu (*exposer les motifs*);

Dire qu'ils resteront confiés au demandeur.

Sous toutes réserves ; — Dont acte.

N° 31. — Conclusions d'audience pour faire déclarer le demandeur mal fondé en son action en divorce.

Conclusions :

Pour M. (*nom*),

demandeur (ou demanderesse),

M. (*nom*).

Attendu que le demandeur (ou la demanderesse) n'a pas établi la preuve des faits sur lesquels il (ou elle) fonde son action en divorce ;

Attendu que (*motifs*);

Par ces motifs :

Déclarer le demandeur (ou demanderesse) mal fondé en son action en divorce, l'en débouter et le condamner aux dépens.

(Ces conclusions doivent être signifiées avant d'être posées.)

N° 32. — Jugement qui admet le divorce.

Le Tribunal :

Attendu que (*les motifs*);

Par ces motifs :

Admet le divorce entre (*nom*) et (*nom*), son épouse;

En conséquence, autorise (*nom*) à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer;

Dit qu'il sera procédé par Me (*nom*), notaire, aux opérations de liquidation de la communauté ayant existé entre les époux (*nom*), en cas d'acceptation de cette communauté de la dame (*nom*), et dans tous les cas aux opérations de ses reprises;

Nomme (*nom*), juge, pour le rapport en cas de contestations;

Dit que les enfants seront confiés à la garde du père;

Et condamne (*nom*) aux dépens, dont distraction, etc.

N° 33. — Signification à avoué du jugement de divorce.

A la requête de M. (*nom*), ayant Me (*nom*), pour avoué, soit signifié et en tête de celles des présentes laissé copie à Me (*nom*), avoué de M (*nom*);

De la grosse dûment en forme exécutoire d'un jugement rendu contradictoirement entre les parties par la chambre du Tribunal civil de première instance de , le , qui admet le divorce.

Sous toutes réserves, même d'appel,

Dont acte,

Pour original.

Au dos :

Soit signifié, laissé copie, etc.

N° 34. — Signification à partie du jugement de divorce.

L'an , le , à la requête de M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel (ou laquelle) domicile est élu en l'étude de Me (*nom*), avoué près le Tribunal civil de .

J'ai (*prénoms, nom, immatricule et domicile de l'huissier*), signifié et en tête de celles des présentes laissé copie à...

De la grosse dûment en forme exécutoire d'un jugement rendu contradictoirement entre les parties par la chambre du Tribunal civil de , enregistré et signifié à avoué; lequel jugement admet le divorce entre le requérant et ladite dame (*nom*).

A ce qu'il (ou elle) n'en ignore.

Sous toutes réserves, même d'appel.

Et je lui ai, etc.

N° 35. — Requête dans le cas où la demande en divorce se fonde sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

A MM. les Président et juge du Tribunal civil de , siégeant en chambre du conseil;

Le sieur (ou la dame) (*prénoms, nom, profession, domicile*), ayant Me (*nom*), pour avoué;

A l'honneur de vous exposer :

Qu'il (ou elle) a contracté mariage devant l'officier de l'état civil de , le , avec (*prénoms, nom, profession, domicile*);

Que par arrêt rendu par la Cour d'assises de , le son mari (ou sa femme) a été condamné pour crime de à (*indiquer la peine*), ainsi qu'il résulte d'une expédition en bonne forme de la décision susindiquée;

Que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée, ainsi que cela résulte du certificat délivré par le greffier de la Cour, visé par M. le Procureur général (ou de la République);

Qu'aux termes de l'article 232 du Code civil, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante est pour l'autre une cause de divorce;

Pourquoi l'exposant (ou l'exposante) requiert qu'il vous plaise, Messieurs, admettre le divorce entre lui (ou elle) et la dame (ou le sieur) son époux;

Soit communiqué à M. le procureur de la République de . Commettons M. juge, pour le rapport.

Fait, à le .

(*Signature du Président.*)

N° 36. — Assignation pour voir prononcer le divorce après une année d'épreuve.

L'an , le , à la requête de M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel (ou laquelle) domicile est élu à Paris, rue , numéro , en l'étude de Me (*nom*), avoué près le Tribunal civil de , lequel est constitué et occupera sur la présente assignation et ses suites,

J'ai, soussigné, donné assignation à

A comparaître à huitaine franche, delai de la loi, à l'audience et par devant MM. les président et juges composant la chambre du Tribunal civil de pour

Attendu que suivant jugement rendu par la chambre du Tribunal de première instance séant à Paris, le , le Tribunal, avant d'admettre le divorce entre le requérant et la dame (*nom*), a ordonné qu'ils seraient soumis à une année d'épreuve;

Attendu qu'une année s'est écoulée depuis ce jugement sans que les époux se soient rapprochés;

Attendu que (*motifs*);

Par ces motifs :

Voir admettre le divorce entre le requérant (ou la réquérante), voir dire en conséquence que le requérant (ou la réquérante) se retirera devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer, s'entendre le sieur (ou la dame) (*nom*) condamner à tous les dépens.

Et je lui ai, etc.

N° 37. — Requête présentée au Président pour obtenir l'ordonnance à fin d'assigner lorsque la séparation de corps aura duré trois ans.

A M. le Président du tribunal civil de

M. (*nom, prénoms, profession et domicile*), ayant Me (*nom*), pour avoué, a l'honneur de vous exposer qu' a contracté mariage, le , devant l'officier de l'état civil de , avec M.

Que par jugement (ou arrêt) en date du , enregistré, l'exposant a été déclaré séparé de corps d'avec M

Que ce jugement (ou arrêt) est ainsi motivé

Que depuis le prononcé de ce jugement (ou arrêt), remontant à plus de trois ans, il n'y a eu aucune réconciliation ni aucun rapprochement entre les époux;

Qu'il est incontestable que la vie commune est devenue à jamais impossible et que, de ces circonstances, l'exposant entend demander au Tribunal, en conformité de l'article 4, § 3, de la loi du 27 juillet 1884, et de l'article 310 du Code civil, la conversion en jugement de divorce du jugement (ou arrêt) précité qui a prononcé la séparation de corps entre les époux; l'autoriser, en conséquence, à faire citer à telle audience qu'il vous plaira désigner, M son mari (ou son épouse), à comparaître devant MM. les Président et juges composant la chambre du conseil du Tribunal civil de première instance de , à l'effet de répondre à ladite demande, et de comparaître ensuite à l'audience publique de cette chambre afin de voir prononcer, au profit de l'exposant, la conversion en jugement de divorce dudit jugement (ou arrêt) de séparation de corps susvisé et de s'entendre condamner en tous les dépens,

Commettre un de MM. , pour faire son rapport sur ladite demande, et ordonner la communication au ministère public.

(*Sous toutes réserves.*)

N° 38. — Ordonnance rendue sur la requête qui précède.

Nous, Président, vu la requête qui précède et les pièces jointes, autorisons (*demandeur*) à faire assigner et comparaître (*défendeur*), le , heure de , devant la chambre du Tribunal, aux fins de la requête qui précède.— Ordonnons la communication au ministère public, et commettons M. (*nom*), juge, pour son rapport, et M. (*nom*), huissier audiencier, pour délivrer l'assignation.

Fait au Palais de Justice, à Paris, le

(*Signature.*)

N° 39.— Assignation en vertu de l'ordonnance qui précède.

L'an , le , en vertu d'une ordonnance de M. le Président du Tribunal civil de première instance de en date du , enregistrée, mise au bas de la requête à lui présentée, desquelles requête et ordonnance copie est donnée en tête de celles des présentes, et à la requête de M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel domicile est élu à , rue , n° , en l'étude de Me (*nom*), avoué, lequel est constitué et occupera sur la présente assignation et ses suites;

J'ai

Soussigné, commis à cet effet, donné assignation à M. (*prénoms, nom, profession et domicile*) à comparaître en personne le , heure de , devant MM. les Président et juges composant la première chambre du Tribunal civil de première instance de , en la chambre du conseil au Palais de Justice à , pour, par les motifs déduits en la requête qui précède;

Entendre en audience publique de ladite chambre au Palais de Justice à admettre le divorce entre lui (ou elle) le requérant (ou la requérante) et s'entendre condamner aux dépens;

Lui déclarant que, faute par lui (ou elle) de comparaître, il sera requis défaut et statué sur ladite demande de divorce.

Et je lui ai, audit domicile, etc.

(Le jugement est rendu dans la forme habituelle.)

N° 40. — Qualités d'un jugement contradictoire qui admet le divorce après enquête.

Audience du

Entre 1° (*comme dans les qualités ordinaires*).

Point de fait :

Par jugement interlocutoire rendu par le Tribunal de première instance de , le , le Tribunal, avant faire droit, a ordonné au demandeur de prouver par tous moyens légaux, et même par témoins, les faits énoncés dans ledit jugement; a réservé au défendeur la preuve contraire; a fixé pour les enquêtes l'audience du , à heures , et a réservé les dépens;

Ce jugement a été signifié au défendeur, par acte d'avoué à avoué, en date du

En exécution de ce jugement, le demandeur à fait procéder à l'enquête directe, à l'audience à huis clos du tribunal , en date du

Le défendeur a fait procéder à l'enquête contraire, à l'audience à huis clos de la , en date du (*ou :* le défendeur n'ayant pas produit de témoins, il n'a pas été procédé à l'enquête contraire)

L'audience ayant été rendue publique, le Tribunal a renvoyé les parties à l'audience publique du , à heures ; a ordonné la communication de la procédure au ministère public; a commis rapporteur M. juge; a ordonné au demandeur de faire signifier cette ordonnance dans le délai de , et a réservé les dépens;

Le procès-verbal de l'enquête directe et l'ordonnance

rendue à la suite ont été signifiés au défendeur, par acte d'avoué à avoué, en date du

La contre-enquête a été signifiée au demandeur, par acte d'avoué à avoué, suivant acte de palais, en date du

(*Analyser ici les conclusions qui ont pu être signifiées de part et d'autre.*)

A l'audience de ce jour, M. , juge, ayant fait son rapport, les avocats des parties, assistés de leurs avoués, ont repris et développé les conclusions et en ont demandé l'adjudication chacun au profit de son client. (*Le reste comme dans les qualités ordinaires.*)

N° 41. — Sommation à la partie défenderesse d'assister à la prononciation du divorce.

L'an , le

A la requête de M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), pour lequel domicile est élu en l'étude de Me (*nom*), avoué près le Tribunal civil de , demeurant à , rue , n°

J'ai, etc.,

Fait sommation à M. (*prénoms, nom, profession*), où étant, etc.

A comparaître le , à heures, en la salle des mariages de la mairie de , pour entendre prononcer par ce magistrat le divorce admis entre les parties susnommées, suivant jugement rendu par le Tribunal de première instance de , le ;

Lui déclarant qu'il y sera procédé tant en son absence que présence.

Et je lui ai, etc.

N° 42. — Acte de divorce.

L'an , le , heure de , pardevant nous, officier de l'état civil de la ville (*ou* de la commune) de

A comparu M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), lequel nous a déclaré que, suivant jugement rendu par le Tribunal de première instance de , le , (*s'il y a lieu :* confirmé par arrêt rendu par la Cour d'appel de , le), le Tribunal a admis le divorce entre le comparant (ou la comparante) et M. (*prénoms, nom, profession et domicile*), et l'a autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer;

En conséquence, le comparant (ou la comparante) nous a requis de prononcer la dissolution de son mariage avec M. (*prénoms et nom*), contracté devant l'officier de l'état civil de la commune de , le ;

Et il a produit et déposé les pièces suivantes:

1° L'expédition, en forme exécutoire, du jugement et (*s'il y a lieu*) de l'arrêt ci-dessus mentionné;

2° L'original d'un acte d'avoué à avoué de , en date du , contenant signification à Me (*nom*), avoué de M. (*nom*), du jugement dont s'agit;

3° L'original d'un exploit du ministère de (*nom*), huissier à , en date du , contenant signification dudit jugement à M. (*nom*);

4° Un certificat délivré par Me (*nom*), avoué du comparant (ou de la comparante), le , enregistré à , le , vol. , fol. , case ;

5° Un certificat délivré par le greffier du Tribunal de première instance de , le , enregistré à , le , constatant qu'il n'existe contre ledit jugement ni opposition ni appel;

6° Un extrait de l'acte de naissance de M. (*prénoms et nom*);

7° Une copie de l'acte de mariage des époux (*nom*);

8° L'original d'un exploit du ministère de (*nom*), huissier à , en date du , contenant sommation à M. (*prénoms et nom*) de se trouver en ce lieu, à ce jour et à cette heure, pour être présent à la prononciation du divorce;

Sur quoi,

Nous, officier de l'état civil,

Vu les pièces ci-dessus mentionnées, que nous avons paraphées avec le comparant (ou la comparante), et qui resteront annexées au présent registre;

Attendu qu'il en résulte que le jugement dont s'agit n'est plus susceptible d'aucun recours; que le délai de deux mois, fixé par les articles 264, 265 et 266 du Code civil, n'est pas expiré;

Faisant droit à la réquisition du comparant (ou de la comparante), déclarons, au nom de la loi, que le mariage entre M. (*prénoms, nom, profession, domicile et âge*) et M. (*prénoms, nom, profession, domicile et âge*) est dissous par l'effet du divorce admis par le jugement du Tribunal de première instance, séant à , en date du ;

Dont acte, dressé en présence de (*prénoms, nom, profession et domicile des quatre témoins*), lesquels ont signé avec nous et les comparants, après lecture (*ou* lesquels ont signé avec nous et le comparant (ou la comparante), son conjoint ayant fait défaut).

Après lecture...

(*Signatures.*)

N° 43. — Mention en marge de l'acte de mariage des époux divorcés sur les registres de l'état civil.

Le mariage ci-contre est dissous par l'effet du divorce admis par jugement rendu par le Tribunal de première instance de , le (*s'il y a lieu :* confirmé par la Cour d'appel de , le), et prononcé par l'officier de l'état civil de (ou par moi, officier de l'état civil de), le .

(*Signature.*)

LOI DU 29 JUILLET 1884

Rétablissant le divorce, et texte des articles du Code civil rétablis ou modifiés par cette loi, avec renvois aux numéros de cet ouvrage où se trouvent commentés ces textes.

ARTICLE PREMIER.

La loi du 8 mai 1816 est abrogée.

Les dispositions du Code civil abrogées par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce par consentement mutuel, et avec les modifications suivantes apportées aux articles 230, 232, 284, 235, 261, 263, 295, 296, 298, 299, 306, 307 et 310...

Sont abrogés les articles 233, 275 à 294, 297, 305, 308 et 309 du Code civil. — (V. *Introduction.*)

CODE CIVIL

LIVRE PREMIER. — TITRE V.

CHAPITRE VII

De la dissolution du mariage.

ART. 227. — Le mariage se dissout :
1° Par la mort de l'un des époux ;
2° Par le divorce légalement prononcé (n. 1 et suiv.).

CHAPITRE VIII

Des seconds mariages.

ART. 228. — La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. — (*V.* art. 296 *infrà*, et n. 859 et suiv.)

TITRE SIXIÈME

DU DIVORCE

CHAPITRE PREMIER

Des causes du divorce.

ART. 229. — Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme (n. 10 et suiv.).

ART. 230. — La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari (n. 13 et suiv., 108, 124).

ART. 231. — Les époux pourront réciproquement de-

mander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre (n. 25, 26, 31 et suiv., 149).

ART. 232. — La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce (n. 141 et suiv., 321 et suiv.).

ART. 233. — (*Abrogé.*)

CHAPITRE II

De la procédure du divorce.

SECTION PREMIÈRE. — *Des formes du divorce.*

ART. 234. — La demande en divorce ne pourra être formée qu'au Tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile (n. 204 et suiv.).

ART. 235. — Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après la décision de la juridiction répressive : alors elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer de cette décision aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur (n. 220 et suiv.).

ART. 236. — Toute demande en divorce détaillera les faits : elle sera remise avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au Président du Tribunal ou au juge qui en fera les fonctions, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par la maladie ; auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat se transportera au domicile du demandeur pour y recevoir sa demande (n. 226 et suiv., 260, 254, 415).

ART. 237. — Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables,

paraphera la demande et les pièces, dressera procès-verbal de remise du tout entre ses mains. Ce procès-verbal sera signé par le juge et par le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer, auquel cas il en sera fait mention (n. 233 et suiv.).

ART. 238. — Le juge ordonnera au bas de son procès-verbal que les parties comparaîtront en personne devant lui, au jour et à l'heure qu'il indiquera ; et qu'à cet effet, copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé (n. 238 et suiv.).

ART. 239. — Au jour indiqué, le juge fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement; s'il ne peut y parvenir, il en dressera procès-verbal, et ordonnera la communication de la demande et des pièces au ministère public, et le référé du tout au Tribunal (n. 253 et suiv.).

ART. 240. —Dans les trois jours qui suivront, le tribunal, sur le rapport du Présideut ou du juge qui en aura fait les fonctions, et sur les conclusions du ministère public, accordera ou suspendra la permission de citer. La suspension ne pourra excéder le terme de vingt jours (n. 164, 247, 388 et suiv.).

ART. 241. — Le demandeur, en vertu de la permission du Tribunal, fera citer le défendeur dans la forme ordinaire à comparaître en personne à l'audience à huis clos dans le délai de la loi. Il fera donner copie en tête de la citation de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui (n. 231, 399 et suiv., 565).

ART. 242. — A l'échéance du délai, soit que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur en personne, assisté d'un conseil, s'il le juge à propos, exposera ou fera exposer les motifs de sa demande; il représentera les

pièces qui l'appuient et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre (n. 243, 408 et suiv.).

ART. 243. — Si le défendeur comparait en personne ou par un fondé de pouvoir, il pourra proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. Le défendeur nommera, de son côté, les témoins qu'il se propose de faire entendre et sur lesquels le demandeur fera réciproquement ses observations (n. 408 et suiv.).

ART. 244. — Il sera dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire : lecture de ce procès-verbal sera donnée auxdites parties, qui seront requises de le signer, et il sera fait mention expresse de leur signature ou de leur déclaration de ne pouvoir ou de ne vouloir signer (n. 460 et suiv.).

ART. 245. — Le Tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il fixera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public, et commettra un rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait pas comparu, le demandeur sera tenu de lui faire signifier l'ordonnance du Tribunal dans le délai qu'elle aura déterminé (n. 468 et suiv.).

ART. 246. — Au jour et à l'heure indiqués sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le Tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée; dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fin de non-recevoir, la demande en divorce sera admise (n. 474 et suiv.).

ART. 247. — Immédiatement après l'admission de la demande en divorce, sur le rapport du juge commis, le mi-

nistère public entendu, le Tribunal statuera au fond. Il fera droit à la demande si elle lui paraît en état d'être jugée : sinon, il admettra le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire (n. 494 et suiv., 498 et suiv.).

ART. 248. — A chaque acte de la cause, les parties pourront, après le rapport du juge, et avant que le ministère public ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir et ensuite sur le fond. Mais, en aucun cas, le conseil du demandeur ne sera admis si le demandeur n'est pas comparant en personne (n. 519 et suiv.).

ART. 249. — Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du Tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le Président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment, elles n'y seront plus reçues (n. 498, 449, 538, 559, 633, 660).

ART. 250. — Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le Tribunal statuera sur ces reproches, après avoir entendu le ministère public (n. 498, 537 et suiv.).

ART. 251. — Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité ; mais le Tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques (n. 544 et suiv.).

ART. 252. — Tout jugement qui admettra une preuve dénommera les témoins qui seront entendus, et détermi-

nera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter (n. 498, 554 et suiv.).

ART. 253. — Les dépositions des témoins seront reçues par le Tribunal séant à huis clos en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté (n. 411 et suiv., 561 et suiv.).

ART. 254. — Les parties, par elles ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions (n. 562 et suiv.).

ART. 255. — Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties : les uns et les autres seront requis de le signer, et il sera fait mention de leur signature, ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer (n. 263 et suiv.).

ART. 256. — Après la clôture des deux enquêtes, ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le Tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il indiquera le jour et l'heure ; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public, et commettra un rapporteur. Cette ordonnance sera signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé (n. 584 et suiv.).

ART. 257. — Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport sera fait par le juge commis : les parties pourront ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause ; après quoi le ministère public donnera ses conclusions (n. 588 et suiv.).

ART. 258. — Le jugement définitif sera prononcé publiquement; lorsqu'il admettra le divorce, le demandeur sera autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (n. 590 et suiv.).

ART. 259. — Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos ; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionné à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins (n. 595 et suiv.).

ART. 260. — Après une année d'épreuve, si les parties ne sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au Tribunal dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui pour lors admettra le divorce (n. 605 et suiv.).

ART. 261. — Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine afflictive et infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au Tribunal de première instance une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation, avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. Le certificat du greffier devra être visé par le procureur de la République (n. 608 et suiv.).

ART. 262. — En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif rendu par le Tribunal de première instance en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par la Cour comme affaire urgente (n. 492, 620 et suiv., 651 et suiv., 657, 658).

ART. 263. — L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les deux mois à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut (n. 491, 493, 652 et suiv., 643 et suiv.).

ART. 264. — En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce (n. 665 à 678).

ART. 265. — Ces deux mois ne commenceront à courir, à l'égard des jugements de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel; à l'égard des arrêts rendus par défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition; et à l'égard des jugements contradictoires en dernier ressort, qu'après l'expiration du délai du pourvoi en cassation (n. 491, 665 à 678).

ART. 266. — L'époux demandeur qui aurait laissé passer le délai de deux mois ci-dessus déterminé sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil sera déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle, auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes (n. 665 à 678).

SECTION II. — *Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce.*

ART. 267. — L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le Tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants (n. 695 et suiv., 779 et suiv.).

ART. 268. — La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le Tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer (n. 695 et suiv., 752, 754).

ART. 269. — La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en sera requise; à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à exercer ses poursuites (n. 742 et suiv.).

ART. 270. — La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge, par le mari, de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (n. 801 et suiv.).

ART. 271. — Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme (n. 694, 801, 830 et suiv.).

SECTION III. — *Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce.*

ART. 272. — L'action en divorce sera éteinte par la reconciliation des époux survenue, soit depuis les faits

qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce (n. 286 et suiv.).

ART. 273. — Dans l'un ou l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action; il pourra néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande (n. 286 et suiv., 333 et suiv.).

ART. 274. — Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera la preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre (n. 286 et suiv., 384, 558).

CHAPITRE III

Du divorce par consentement mutuel.

ART. 275 à 294. — (*Abrogés.*)

CHAPITRE IV

Des effets du divorce.

ART. 295. — Les époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire.

Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union.

Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce, pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion (n. 845 et suiv.).

ART. 296. — La femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif (n. 858).

ART. 297. — (*Abrogé.*)

ART. 298. — Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice (n. 861 et suiv.).

ART. 299. — L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage (n. 184, 185, 195, 914 et suiv.).

ART. 300. — L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu (art. 934 et suiv.).

ART. 301. — Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le Tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire (n. 769, 957).

ART. 302. — Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le Tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur de la République, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne (n. 873 et suiv.).

ART. 303. — Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront

respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés (n. 875 et suiv., 892 et suiv.).

ART. 304. — La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois et conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce (n. 875, 892 et suiv., 969).

ART. 305. — (*Abrogé.*)

CHAPITRE V

De la séparation de corps.

ART. 306. — Dans le cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps (n. 980. — *V.* art. 229, 230, 231 et 232).

ART. 307. — Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile (n. 260, 330, 616 et suiv., 980).

ART. 308 et 309. — (*Abrogés.*)

ART. 310. — Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.

Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs en vertu d'une ordonnance rendue par le Président.

Elle sera débattue en chambre du conseil.

L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution.

Le jugement sera rendu en audience publique (n. 217 et suiv., 989 et suiv.).

ART. 311. — La séparation de corps emportera toujours séparation de biens (n. 821, 986).

ARTICLE 2.

Le paragraphe ajouté à l'article 312 du Code civil par la loi du 6 décembre 1850 est modifié comme il suit. (*V.* n. 911 et suiv.)

TITRE VII

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION

CHAPITRE PREMIER

De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage.

ART. 312. — En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après la décision qui aura autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. (*V.* n. 914 et suiv.)

ARTICLE 3.

La reproduction des débats sur les instances en divorce ou en séparation de corps est interdite sous peine de l'amende édictée par l'article 39 de la loi du 30 juillet 1881 (n. 977).

ARTICLE 4.

Dispositions transitoires.

Les instances en séparation de corps pendantes au moment de la promulgation de la présente loi pourront être converties par les demandeurs en instance de divorce. Cette conversion pourra être demandée même en Cour d'appel.

La procédure spéciale au divorce sera suivie, à partir du dernier acte valable, de la procédure en séparation de corps.

Pourront être convertis en jugements de divorce, comme il est dit à l'article 340, tous jugements de séparation de corps devenus définitifs avant ladite promulgation (n. 979 et suiv.).

ARTICLE 5.

La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion (n. 978).

NOTA. Les indications contenues sous chacun de ces textes sont complétées, notamment en ce qui concerne les autres codes que le Code civil, par la table qui suit.

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL

ET DES AUTRES CODES

SE RAPPORTANT AU DIVORCE OU A LA SÉPARATION DE CORPS

Avec renvoi à tous les numéros où chacun de ces articles est commenté.

NOTA. — La première colonne de chiffres à gauche indique les textes, la seconde les numéros et la troisième les pages.

CODE CIVIL

Articles	*Numéros*	*Pages*
227....	1 et suiv.....	1 et suiv.
228....	859 et suiv.....	415 et suiv.
229....	10 et suiv.....	8 et suiv.
230....	13 et suiv.....	17 et suiv.
230....	108.....	63
230....	124.....	75
231....	25 et suiv.....	17 et suiv.
231....	31 et suiv.....	21 et suiv.
231....	149.....	92
232....	141 et suiv.....	86
232....	141 et suiv., 611 et suiv.	169 et suiv., 293 et suiv.
234....	204 et suiv.....	191 et suiv.
235....	220 et suiv.....	125 et suiv.
236....	226 et suiv.....	126 et suiv.
236....	254.....	140
236....	260.....	144
236....	415.....	211

Articles	*Numéros*	*Pages*
237....	233 et suiv.....	132 et suiv.
238....	238 et suiv.....	134 et suiv.
239....	253 et suiv.....	140 et suiv.
240....	164.....	98
240....	247.....	138
240....	388 et suiv.....	199
241....	231.....	131, 249
241....	399 et suiv., 505.....	204 et suiv.
242....	243.....	136
242....	408 et suiv.....	207 et suiv.
243....	408 et suiv.....	207 et suiv.
244....	460 et suiv.....	227 et suiv.
245....	468 et suiv.....	230 et suiv.
246....	474 et suiv.....	233 et suiv.
247....	494 et suiv.....	246 et suiv.
247....	498.....	247
248....	519 et suiv.....	254 et suiv.
249....	498 et suiv.....	257
249....	531 et suiv.....	261 et suiv.
249....	539.....	269
249....	653.....	306
249....	660.....	321
250....	498.....	247
250....	537 et suiv.....	263 et suiv.
251....	544 et suiv.....	265 et suiv.
252....	498.....	247
252....	554 et suiv.....	269 et suiv.
253....	411 et suiv.....	208 et suiv.
253....	561 et suiv.....	270 et suiv.
253....	563 et suiv.....	271 et suiv.
254....	563 et suiv.....	271 et suiv.
255....	563 et suiv.....	271 et suiv.
256....	584 et suiv.....	277 et suiv.
257....	588 et suiv.....	278 et suiv.
258....	590 et suiv.....	279 et suiv.
259....	595 et suiv.....	282 et suiv.
260....	605 et suiv.....	289 et suiv.
261....	608 et suiv.....	291 et suiv.
262....	492, 620 et suiv.....	245, 299
262....	651.....	315
262....	657.....	318
262....	658.....	320
263....	491.....	243
263....	493.....	245
263....	651 et suiv.....	316 et suiv.

Articles	*Numéros*	*Pages*
263....	663 et suiv.....	322 et suiv.
264....	665 et suiv.....	324 et suiv.
265....	491.....	243
265....	665 et suiv.....	324 et suiv.
266....	665 et suiv.....	324 et suiv.
267....	779 et suiv.....	375 et suiv.
267....	695 et suiv.....	336 et suiv.
268....	695 et suiv.....	336 et suiv.
268....	752.....	364
268....	754 et suiv.....	365 et suiv.
269....	742 et suiv.....	367 et suiv.
270....	801 et suiv.....	384 et suiv.
271....	694 et suiv.....	335 et suiv.
271....	801 et suiv.....	384 et suiv.
271....	830 et suiv.....	396 et suiv.
272....	286 et suiv.....	157 et suiv.
273....	286 et suiv.....	157 et suiv.
273....	333 et suiv.....	174 et suiv.
274....	286 et suiv.....	157 et suiv.
274....	384 et suiv.....	198 et suiv.
275....	558.....	270
295....	845 et suiv.....	404 et suiv.
296....	858 et suiv.....	415 et suiv.
298....	861 et suiv..	417 et suiv.
299....	184.....	108
299....	195.....	114
299....	186.....	109
299....	914.....	446
300....	914 et suiv.....	446 et suiv.
300....	935 et suiv.....	464 et suiv.
301....	769. 954.....	370, 473
302....	873 et suiv.....	428
303....	875 et suiv.....	428 et suiv.
303....	892 et suiv.....	436 et suiv.
304....	875 et suiv.....	428 et suiv.
304....	892 et suiv., 969.....	428 et suiv., 48
306....	(*V.* art. 229, 230, 231 et 232.)	
307....	260, 980.....	144, 504
307....	330.....	175
307....	616.....	296
310....	217 et suiv.....	125
310....	217 et suiv., 989 et suiv..	124, 511
311....	821.....	392
311....	986.....	507
312....	911 et suiv.....	444 et suiv.

Articles	*Numéros*	*Pages*
371....	972.....	497
376....	783.....	377
386....	967.....	479
448....	969.....	481
482....	164.....	98
724. ..	184.....	108
767....	968.....	480
955....	186.....	109
955....	195.....	114
957....	186.....	109
957....	195.....	114
1167....	837 et suiv.....	400 et suiv.
1180....	821.....	392
1428....	835.....	398
1441....	937 et suiv.....	465 et suiv.
1442....	838.....	400
1443....	391.....	505
1452....	938.....	465
1463....	945 et suiv., 954.....	468 et suiv. 473
1518.. .	938.....	465
2280...	829.....	395

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

87....	590 et suiv.....	279
108....	207.....	120
135....	797.....	282
135....	492.....	245
150....	668.....	325
174....	955.....	478
187....	965.....	478
262 ...	564.....	271
278....	695.....	336
283....	541 et suiv.....	264
449....	314.....	253
455....	491.....	243
459....	492.....	245
464....	684.....	331
472....	798.....	382
806....	701.....	340
869....	818.....	382
869....	821.....	392
870....	231.....	131

Articles	*Numéros*	*Pages*
872....	593.....	281
875....	232.....	131
875....	260.....	144
875....	281.....	155
875....	282, 980.....	156, 504
878....	262.....	145
878....	251.....	155
878....	715.....	346
878....	794.....	381
1040....	429.....	227 et suiv.
1040....	413.....	209

CODE DE COMMERCE

66....	678.....	329
444....	775.....	374
446....	838.....	400
474.. .	775.....	373

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

156....	872.....	425
321 ...	872.....	425

CODE PÉNAL

336....	356.....	185

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TRAITÉ PRATIQUE DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

CHAPITRE PREMIER

Nature et causes du divorce.

SECTION I

Nature et caractère du divorce.

N° de l'ouvrage.		Pages.
1.	Article 227. Dissolution du mariage par le divorce. Discussions préliminaires.	1
2.	Suite.	2
3.	Suite.	2-3
4.	Suite.	2-3
5.	Suite.	3-4
6.	Suite.	4-5
7.	Suite.	5-6
8.	Suite.	6

SECTION II

Causes du divorce.

9. Division. 7

§ I. — DE L'ADULTÈRE.

1° Adultère de la femme.

10. Article 229. — Portée de cette disposition. 7
11. Pour être une cause de divorce ou de séparation

N° de l'ouvrage. Pages.

de corps l'adultère de la femme doit être volontaire. 7-8
12. *Quid* si le mari connaît et facilite l'adultère de la femme? 8

2° Adultère du mari.

13. Article 230. — Ancien texte. — Suppression des derniers mots de l'article 230. 8
14. Suite.— Caractère de la modification apportée par la Chambre à l'article 230. 8-9
15. Suite. — Raisons morales de la modification apportée à l'article 230. 9
16. La famille ne se trouve pas moins bien protégée par le nouvel article 230 que par l'ancien. 9-10
17. Suite. — Discussion au Sénat. 10-11
18. Le nouvel article 230 est-il dans nos mœurs? — Suite de la discussion. 11
19. Suite. 12
20. Raisons exposées en faveur de l'ancien texte. . . . 12-13
21. Utilité sociale de l'égalité de l'homme et de la femme, au point de vue de l'adultère. 13
22. Portée de l'article 230 modifié dans la pratique. — Suite de la discussion. 13-14
23. Conséquences de l'article 230 au point de vue de l'ancienne jurisprudence. — Comment la modification apportée à cet article n'est que la sanction à l'état de choses déjà créé par cette jurisprudence. . . 14-15
24. Nécessité où se trouvait le législateur de sanctionner la doctrine généralement reçue par nos Cours et nos tribunaux. 16-17
25. Quel sera sur la jurisprudence à venir l'influence de la modification apportée à l'article 230? 17
26. Suite. 17-18
27. Suite. — Pouvoir du juge, éléments d'appréciation. 18-19
28. Suite. 19
29. Suite. 20
30. Disposition identique à notre nouvel article 230 dans le Code civil néerlandais. 20-21

§ II. — DES EXCÈS, SÉVICES ET INJURES GRAVES.

31. Article 231, texte 21
32. Réciprocité qui résulte de l'article 231, pour invoquer les causes du divorce qu'il énumère. . . . 21
33. Suite. — Cette réciprocité n'existait pas dans l'ancien droit 21
34. Portée des expressions choisies par le législateur

N° de l'ouvrage. Pages.

dans l'article 231. — Pouvoir d'appréciation laissée au juge 22
35. Suite. 22-23
36. Suite. 23
37. Suite. — Application du principe de l'appréciation souveraine. 23-24
38. Suite. — Responsabilité morale du défendeur. (V. *infrà*, n. 43.). 24
39. Suite. 24-25
40. Suite. — Provocation. 25
41. Suite.— Un seul fait d'excès, sévices ou injures graves peut être considéré par les juges, suivant les circonstances, comme suffisant pour motiver une demande 25
42. Suite. — Les juges devront, autant que possible, chercher leurs éléments d'appréciation dans le cercle ordinaire de la vie conjugale. Un mari pourrait avoir commis des sévices suffisants pour motiver sa séparation de corps ou le divorce quand même il aurait été acquitté pour les mêmes faits devant une juridiction correctionnelle. 26
43. Dans quelle mesure doit-on se préoccuper de la responsabilité morale du défendeur ? 26
44. Suite,— Habitude d'ivrognerie (V. *infrà*, n. 68). . . 27
45. Résumé des éléments d'appréciation étudiés dans les numéros précédents 27
46. Division des causes contenues dans l'article 231. . 27-28
47. Différence entre les trois causes de divorces énumérées à l'article 231. 28
48. Définition des excès 28
49. Définition des sévices 28
50. Définition de l'injure grave. 28-29

1° Excès.

51. Nature des excès 29
52. Refus par le mari de nourrir sa femme (V. *infrà*, n. 83). — Violences contre la femme. — Grossesse de cette dernière 29-30
53. Mesure dans laquelle l'appréciation du juge peut s'exercer en matière d'excès. — L'allégation d'un fait constituant un excès doit toujours être considéré comme pertinente. 30

2° Sévices.

54. Nature des sévices. 30
55. Suite. — Le caractère de continuité dans les sévices est-il nécessaire pour en faire une cause de divorce? — Vol avec effraction commis par le mari au pré-

N° de l'ouvrage. Pages.

judice de sa femme, emprisonnement illicite de cette dernière. 31
56. Mesure dans laquelle peut s'exercer l'appéciation des juges en matière de sévices arbitraires de la femme aliénée. — Droit de correction du mari sur sa femme 31-32
57. Suite. — De la provocation en matière de sévices. — Portée de cette excuse. — Elle doit être rejetée en principe. 32
58. Suite. 32-33
59. Suite. — Réciprocité des torts (V. *infrà*, n. 356 et suiv.). — *Quid* du cas où les deux époux sont l'un et l'autre demandeurs pour sévices ?. . . . 33
60. *Quid* de la séquestration de la femme par son mari ? 33-34

3° Injures graves.

61. Nature des injures graves. — La gravité de l'injure peut varier suivant les circonstances, l'éducation, le milieu social, etc. 35
62. Suite. — L'injure grave est la cause la plus fréquente de divorce ou de séparation de corps. — Division. 35-36

1° *Injures verbales.*

63. Circonstance aggravante résultant de la publicité. — Éléments qui peuvent constituer cette publicité au point de vue de l'appréciation souveraine du juge 37
64. Suite. — Imputations contenues dans les plaidoiries. 38
65. *Quid* des récriminations des parties au cours de l'instruction?. 39
66. Circonstance aggravante résultant de la continuité dans les outrages 39
67. Circonstances atténuantes qui peuvent servir d'éléments d'appréciation au juge en matière d'injures verbales. 39
68. Suite. — Appréciation souveraine. — Ivresse. — Actes contraires à la pudeur (V. *suprà*, n. 44). 40

2° *Écrits injurieux.*

69. La publicité est-elle nécessaire pour constituer l'injure par écrit ? 41
70. *Quid* du cas où les lettres injurieuses n'ont reçu de publicité que par la plainte de la personne à qui elles ont été adressées 41-42
71. L'injure par écrit consiste essentiellement dans la connaissance et l'intention du défendeur que le demandeur en eût connaissance 42

N°s de l'ouvrage. Pages.

72. Suite. — Manque d'éducation. — Appréciation souveraine 43
73. Suite. — *Quid* quand les lettres émanent de la femme? 43-44
74. Suite. — *Quid* si ces lettres sont écrites au procureur de la République et contiennent une plainte déposée contre le mari? 44
75. *Quid* des imputations contenues dans les actes de procédure ? 44
76. Suite. — Il faut tenir compte, dans ce dernier cas, de la part prise par les parties à la rédaction de ces actes 44
77. Suite. 45
78. Suite. — Dans quelle mesure la provocation peut-elle atténuer les injures écrites? — Annonces faites dans les journaux par le mari relativement aux dettes de la femme. 45
79. Suite. 46

3° *Faits injurieux.*

80. Nature des faits injurieux, appréciation souveraine. — Ils peuvent être antérieurs au mariage. — Intention (V. *infrà*, n. 133). — Division des faits injurieux. . 47
81. Suite. 47

1° *Faits matériels.*

82. Infractions aux devoirs et aux obligations résultant du mariage. 47-48
83. Suite. — Refus d'aliments (V. *suprà*, n. 52). — Abandon du domicile conjugal par le mari. 48
84. Suite. 49
85. Abandon du domicile conjugal par la femme. . . 50
86. Suite. — Indulgence des Cours belges pour l'abandon du domicile conjugal quand c'est le mari qui s'en est rendu coupable. 51
87. Suite. — Résumé de cette jurisprudence 51-52
88. Suite. — Décision en sens contraire. 52
89. Suite 52-53
90. *Quid* de l'abandon réciproque des deux époux l'un par l'autre? 53
91. La législation de 1792 spécifiait l'abandon comme cause de divorce. 53
92. Du refus de cohabitation; il peut se trouver aggravé ou atténué suivant les circonstances. — Caractères généraux. — Refus de réintégrer. 53-54
93. Refus par le mari de recevoir sa femme. — Cet acte doit aussi être apprécié d'après les circonstances. 54

N° de l'ouvrage. Pages.

94. Suite.—*Quid* quand le refus intervient après le rejet d'une première demande? 55
95. Suite. 55
96. Dans quels cas le refus par le mari de recevoir sa femme pourra-t-il n'être point considéré comme une injure grave?. 56
97. Refus de la part de la femme de réintégrer le domicile conjugal. 57
98. Suite. — Circonstances atténuantes. 58
99. *Quid* du refus d'accomplir le devoir conjugal?. . 58-59
100. Suite. — Circonstances atténuantes. 59-60
101. *Quid* du cas d'un époux qui communique à sa femme une maladie vénérienne?. 60
102. Suite. 60
103. Suite. — Exercice de l'appréciation souveraine du juge dans cette hypothèse. — Circonstances aggravantes 60-61
104. Suite. — Exemples de circonstances aggravantes. . 61-62
105. Suite. — L'injure en pareil cas consiste dans le fait même de la communication, mais non dans le seul fait d'être atteint de la maladie vénérienne. . 62
106. *Quid* du fait de s'être marié étant atteint d'une maladie vénérienne?. 62
107. Éléments d'appréciation à cet égard; pouvoir du juge. 62-63
108. Depuis que, par la suppression des derniers mots de l'article 230, la femme peut demander le divorce pour adultère simple du mari, pourra-t-on considérer le fait par ce dernier d'être atteint d'une maladie vénérienne comme une preuve d'adultère? 63

2° Faits moraux.

109. La condamnation à une peine correctionnelle est-elle une injure grave au sens de l'article 231 ?. . 63-64
110. Suite 65
111. Suite. 65-66
112. Suite. 66, 67, 68
113. Suite. 68-69
114. Suite. — Condamnation pour excitation de mineurs à la débauche. 69
115. Dans quels cas la condamnation encourue par l'un des époux pourra-t-elle ne pas être considérée comme une injure grave? 69-70
116. Suite. — *Quid* de la condamnation antérieure au mariage? (V. *suprà*, n. 80, et *infrà*, n. 133.). . . . 70
117. Des imputations injurieuses considérées indépendamment des formes qu'elle revêtent. 71
118. Suite. — Exemples. 71-72
119. Suite. 72

N° de l'ouvrage. Pages.

120. Éléments d'appréciation. — Pouvoirs du juge. — *Quid* lorsque l'imputation d'un délit d'adultère (par exemple) a été suivie de la condamnation du défendeur pour ce délit? 73
121. Suite. — Circonstances atténuantes. 73-74
122. La femme pourrait-elle alléguer comme constituant à son égard une injure grave ou comme un outrage moral pour elle-même le fait que son mari a souffleté publiquement l'homme que sa légèreté de conduite faisait passer pour son amant? . . 74
123. *Quid* de familiarités inconvenantes de la femme avec des tiers? 74-75
124. L'adultère simple du mari était une injure grave, avant la suppression de la dernière partie de l'article 230. (V. *suprà*, n. 23.). 75
125. *Quid* du fait d'intenter une action en divorce sans y donner suite? 75
126. Suite. 75
127. *Quid* d'une demande en nullité de mariage? . . . 75
128. Injure morale provenant d'un fait négatif, celui, par exemple, de laisser sa femme sans protection. . 76
129. Suite. — Exemples. 77
130. Doit-on considérer comme une injure grave le fait, par le mari, de s'être refusé à recevoir la bénédiction nuptiale? 78-79
131. Suite. 79
132. Un mariage attaqué comme nul pour ce fait devrait être déclaré valable. 80
133. Un fait injurieux remontant à une époque antérieure au mariage peut-il être considéré comme une injure grave? (V. *suprà*, n. 44, 80, 116.). . . 80-81
134. Des cas où le mariage a été annulé pour de tels faits quand ils pouvaient à la rigueur rentrer dans les erreurs sur la personne. 81-83
135. Suite. 83
136. Les faits antérieurs au mariage, qui jusqu'à présent ont été considérés par les tribunaux comme suffisamment graves pour motiver des demandes en nullité de mariage, pourront, à plus forte raison, être admis comme cause de divorce. 83
137. *Quid* de la femme enceinte avant le mariage? . . 83
138. L'injure dans toutes les hypothèses examinées aux numéros précédents ne réside pas dans le fait en lui-même, mais dans la réticence de l'époux défendeur au moment du mariage. 84
139. *Quid* de l'existence d'un enfant naturel reconnu? . 84
140. Amendement proposé sur l'article 231, au Sénat, par M. Eymard-Duvernay, en vue d'imposer trois ans d'épreuve aux époux avant de prononcer le divorce pour excès, sévices et injures graves. . 85

N° de l'ouvrage. Pages.

§ III. — CONDAMNATION DE L'UN DES ÉPOUX A UNE PEINE AFFLICTIVE ET INFAMANTE.

141. Article 232.—Ancien et nouveau textes.—Portée de cette disposition. 86
142. Suite. — Débats parlementaires; travaux préparatoires. 87
143. Suite. 87-88
144. Suite. 88-89
145. Suite. 89
146. Suite. — Le nouvel article 232 exclut des causes de divorce le bannissement et la dégradation civique, qui sont des peines politiques. 89-90
147. La jurisprudence, avant la modification de l'article 232, avait déjà sous-entendu le mot *afflictive* dans ses décisions. 90
148. L'article 232 ne peut être invoqué pour des condamnations antérieures au mariage. 90
149. Mais le demandeur peut, dans ce cas, invoquer l'article 231. 91
150. Suite. 92
151. Le Code civil néerlandais indique positivement (art. 264, § 3) que la condamnation antérieure au divorce n'est pas une cause de divorce. 92
V. *infrà*, n. 608. 92
152. En tous cas, il faut que la condamnation soit définitive. — Contumace. — Condamnation par défaut. 93
153. L'article 232 ne peut être invoqué pour aucune autre condamnation que celles qu'il indique. 93
154. Aucun délai n'est imposé au conjoint du condamné pour invoquer contre lui l'application de l'article 232. 93
155 et non **156.** D'ailleurs, l'article 232 est applicable quand même le condamné n'aurait pas subi sa peine. 94
156. *Quid* de l'amnistie? 94
157. *Quid* de la réhabilitation? 94
158. La condamnation survenue depuis le jugement peut-elle être invoquée pour la première fois en appel? 95
159. L'article 232 n'est plus applicable en Belgique. . 95
160. Suite. 95
161. Suite. 95-96
162. Suite. 96

N° de l'ouvrage. Pages.

CHAPITRE II

De la procédure.

SECTION I

Quelles sont les personnes qui peuvent intenter l'action en divorce ou en séparation de corps?

§ I. — CARACTÈRES DE L'ACTION.

163. L'action en divorce est personnelle. 97

§ II. — DES ÉPOUX.

164. Le mari lui-même, lorsqu'il est demandeur, ne peut intenter son action si le tribunal (et non le président) ne lui accorde la permission de citer (V. *infrà*, n. 138). 98
165. Suite. — Cas où la femme est demanderesse. . . 98
166. L'autorisation du mari ni d'un curateur n'est nécessaire à la femme, même mineure, qui demande le divorce 99
167. Le mari, comme la femme, peut demander aujourd'hui la séparation de corps ou le divorce; il n'en était pas de même sous l'ancien droit. . . . 99

§ III. — DU TUTEUR DE L'INTERDIT.

168. Le tuteur d'un interdit peut-il demander le divorce ou la séparation de corps au nom de cet interdit? 100
169. Suite. 101
170. Suite. 101
171. Suite. 101
172. Suite. 102
173. Suite. 102
174. Suite. 102-104
175. Suite.—A défaut du tuteur, le subrogé-tuteur de l'interdit peut demander le divorce de ce dernier. . 105
176. Le tuteur et le subrogé-tuteur n'ont pas besoin de l'autorisation du conseil de famille. 105
177. Le mandataire spécial de l'aliéné peut demander le divorce de ce dernier. 105

N°s de l'ouvrage. Pages.

§ IV. — DU CONSEIL JUDICIAIRE.

178. L'assistance du conseil judiciaire est nécessaire au prodigue pour défendre à l'action en divorce. . 105
179. L'assistance du conseil judiciaire est également nécessaire lorsque le prodigue est demandeur. . . 106

§ V. — DES HÉRITIERS.

180. L'action en divorce s'éteint par la mort de l'un des époux. 106
181. Notre ancien droit faisait passer l'action aux mains des héritiers, au moins en ce qui concernait les avantages matrimoniaux, quand la séparation de corps était demandée pour adultère. 107
182. Une doctrine soutient encore la même opinion. . 107
183. Cette doctrine se divise en trois systèmes. . . . 108
184. Premier système. 108
185. Suite. 108-109
186. Deuxième système. 109
187. Troisième système. 109-110
188. Suite. — Réfutation des deux premiers systèmes. . 110-111
189. Suite 111-113
190. Suite 113
191. Suite 113-114
192. Suite 114
193. Suite 114
194. Suite 114-115
195. Suite 115
196. Suite. — Les héritiers n'ont même pas le droit de reprendre l'instance pour faire statuer sur les avantages matrimoniaux. 116
197. Suite.—Ils ne peuvent davantage reprendre l'instance après l'arrêt par défaut, attaqué par voie d'opposition 117
198. Le demandeur survivant n'a pas le droit de continuer son action contre les héritiers du défendeur. 117
199. *Quid* des héritiers présomptifs de l'absent? . . . 117
200. Mais si la demande se trouve justifiée par les enquêtes, les héritiers peuvent se faire définitivement adjuger les provisions et les indemnités déjà accordées 117
201. *Quid* du cas où le demandeur meurt avant la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil? 118

§ VI. — DES CRÉANCIERS.

202. Les créanciers n'ont pas le droit de demander le divorce de leur débiteur. 118

Nos de l'ouvrage. Pages.

203. Mais les créanciers peuvent, une fois le divorce ou la séparation de corps prononcés, surveiller la liquidation et prendre telles mesures que de droit. 118-119

SECTION II.

Compétence.

§ I. — COMPÉTENCE *ratione loci*.

204. Article 234. — Premier texte, discussion préparatoire. 119

1° Règles générales.

205. Le domicile conjugal dont parle l'article 234 est le domicile du mari 120
206. Peu importerait que le mari eût changé de domicile depuis peu; c'est devant le tribunal de son nouveau domicile que l'action devrait être intentée. . . . 120
207. Mais *quid* si le mari change de domicile depuis l'introduction de l'instance? (V. *infrà*, n. 274 et suiv.). 120
208. L'incompétence d'un tribunal autre que celui du domicile du mari n'est pas absolue. Si le défendeur a accepté la compétence, le tribunal est régulièrement saisi 121

2° Époux étrangers.

209. Division. — Deux hypothèses. 121
210. *Première hypothèse.* — Un seul des époux est étranger. — *Quid* si c'est la femme? 121-122
211. *Quid* si c'est le mari qui est étranger? 122
212. Suite. 123
213. *Deuxième hypothèse.* — Les deux époux sont étrangers 123
214. Suite. 123-124
215. Suite. — Loi anglaise. 124

Époux séparés de corps antérieurement.

216. Application de l'article 310. — Deux opinions . . . 124
217. Suite. 124
218. Suite. 125
219. Suite. 125

§ II. — COMPÉTENCE *ratione materiæ*.

220. Article 235. — Ancien texte. — Débats parlementaires. . 125-126
221. Compétence des tribunaux civils seuls 126

N° de l'ouvrage. Pages.
222. Suite. 126
223. Loi du 20 septembre 1792. 126
224. Cas qui s'est présenté de divorce devant avoué. . 127

SECTION III.

De la procédure proprement dite.

§ I. — INTRODUCTION DE L'INSTANCE.

1° Requête introductive et procès-verbal de remise de pièces.

225. Rapport entre la procédure en divorce et la procédure en séparation de corps. — Différences. . . 127
226. Requête. — Texte de l'article 236. 127
227. Portée de l'article 236. — Dans quelle mesure ce texte est-il applicable à la séparation de corps?. . . . 128
228. Suite. — Détail des faits. — Exposé sommaire. . . 128-129
229. Le ministère des avoués est nécessaire en matière de divorce comme en matière de séparation de corps. — Raison d'en décider ainsi. 129
230. Suite. 129-131
231. Tarif des huissiers 131
232. Tarif des avoués. 131
233. Article 237. — Observations du président. — Procès-verbal. 132
234. Intérêt du détail des faits dans la requête en divorce au point de vue des faits nouveaux. 133
235. Suite. 133
236. Rôle conciliateur du président à cette phase de l'instance. 133-134
237. Frais et honoraires dus aux avoués pour la requête. 134

2° Convocation des parties devant le président.

238. Texte de l'article 238. 134
239. Le président peut être suppléé par un autre juge. . 134
240. La comparution des parties sans protestation ni réserve peut couvrir toute nullité. 134-135
241. Caractère privé de cette procédure. — Le président peut ne pas être assisté du greffier ou d'un huissier. 135
242. Suite. — Huis clos. — Signification. — Forme. — Huissier. 136-136
243. Suite. — Rapports des articles 236 et suiv. du C. civ., avec les articles 875 et suiv. du Code de procédure. — Assistance des conseils. 136-137
244. Suite. — Assistance d'un conseil. 137
245. Suite. — Cas où le juge conciliateur prend le rôle de juge des référés. 137

N° de l'ouvrage. Pages.

246. Dans quel délai les parties doivent-elles comparaître devant le président? 137-138
247. Suite. 138
248. Suite.— La convocation n'est nécessaire qu'à l'égard du défendeur. 139
249. Vacation due à l'avoué (V. *suprà*, n. 323). 139
250. Frais de la signification de l'ordonnance du président et de la citation à comparaître. 139
251. Doit-on donner copie en tête de cette assignation?— De la requête introductive d'instance 139-140
252. Droit de copie. 140

3° Comparution des parties.

253. Texte de l'article 239. — Analogie de ce texte avec l'article 48 du Code de procédure civile. . . . 140
254. Il n'est encouru aucune amende au cas de non-comparution du défendeur.— La non-comparution du demandeur équivaut à un désistement, sauf le cas de maladie. — Application par analogie de l'article 236. 140
255 Pourquoi le législateur a-t il choisi le président comme juge conciliateur?. 141
256. La tentative de conciliation est d'ordre public. . . 142
257. La tentative de conciliation devant le président est nécessaire, même quand il s'agit d'une séparation de corps ou d'un divorce reposant sur une condamnation afflictive et infamante. 148
258. *Quid* du cas où il s'agit d'une demande reconventionnelle en séparation de corps?. 143
259. *Quid* si la demande reconventionnelle en séparation de corps est intentée sur une demande principale en réintégration du domicile conjugal?. . . . 144
260. *Quid* du cas où, au lieu d'une séparation de corps, il s'agit d'un divorce? 144
261. Suite. 145
262. Représentations du président aux parties dans le but d'amener la conciliation.— Peut-il refuser aux demandeurs l'autorisation de poursuivre en cas de non-réconciliation?. 145-147
263. Le président peut-il surseoir à l'introduction de la demande? 146
264. Suite. 147
265. A moins d'urgence, le président qui statue sur la provision excède ses pouvoirs. 147
266. Le président peut rappeler les parties devant lui, autant de fois qu'il le juge utile, mais il n'est pas tenu de le faire. 147
267. Quand y a-t-il conciliation? 147-148
268. Suite. — De la reconciliation conditionnelle 148

Nos de l'ouvrage. Pages.
269. Suite. 148-149
270. Frais de l'ordonnance du président renvoyant les parties à se pourvoir devant le tribunal. . . . 149
271. Vacation due à l'avoué pour la remise des pièces. 150
272. Effets de la conciliation. — Effets de la non-conciliation. 150
273. Suite. 151
274. Quand peut-on considérer l'instance comme liée? (V. *suprà*, n. 207 et 208.). 151
275. Influence de la comparution des parties sur la compétence *ratione loci*.—Changement de domicile du mari 151-152
276. Il n'y a aucune différence à établir à cet égard entre le cas de séparation de corps et le cas de divorce. 152
277. Suite. 153
278. Influence de la comparution des parties sur la compétence *ratione loci*, quand il s'agit d'époux étrangers. 153-154
279. Le procès-verbal de non-conciliation joint à l'ordonnance de renvoi des parties devant le tribunal ne doit constater que la non-conciliation. 154
280. Suite. 155
281. Pouvoir du président quant aux mesures provisoires en matière de séparation de corps. 155
282. Suite. 156

§ II. — FINS DE NON-RECEVOIR (et non § 3).

283. Pourquoi les fins de non-recevoir sont-elles étudiées ici? 156
284. Qu'est-ce qu'une fin de non-recevoir? 157
285. Division. 157

1° Réconciliation.

286. Articles 272, 273 et 274. 157
287. La fin de non-recevoir qu'on oppose doit être spécifiée dans les conclusions. 158
288. Faveur due à la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation. 158
289. Éléments d'appréciation. 158
290. La réconciliation n'est soumise à aucune forme. . 159
291. Pouvoir du juge. 159
292. Suite. 159-160
293. Suite. 160
294. Suite. 160
295. Suite. 160
296. Suite. 161
297. Suite. 161-162
298. Le défendeur à une demande en divorce ne peut, ...

N° de l'ouvrage. Pages.

pour repousser l'admission, constater la pertinence de faits postérieurs à la réconciliation. 162
299. De la cohabitation. 162
300. Suite. 163
301. Suite. 163
302. Suite. 163
303. Suite. 164
304. Suite. 164
305. Suite. — Il faut, en tout cas, que la réconciliation ne puisse laisser aucun doute dans l'esprit des juges. 164-165
306. Suite. — Cas où la cohabitation effective ne peut être considérée comme une preuve de réconciliation. 165
307. Suite. 165
308. Suite. 166
309. Suite. 166
310. Suite. 166
311. Suite. 166
312. Suite. 167
313. Suite. 167
314. Suite. 167
315. Suite. 167
316. Suite. 168
317. Suite. 168
318. Réconciliation devant le président du tribunal. (V. *suprà*, n. 267 et suiv.). 168
319. Quel compte doit-on tenir des déclarations du demandeur? — Pouvoir du juge. 168
320. Réconciliation conditionnelle. (V. *suprà*, p. 147). . 169

2° Réconciliation en cas de condamnation pénale.

321. La fin de non-recevoir tirée de la réconciliation peut être opposée, quelle que soit la cause pour laquelle le divorce est demandé 169
322. Arguments de l'opinion d'après laquelle le défendeur ne peut opposer la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, quand la demande est basée sur une condamnation 169
323. Suite. 170
324. Suite. 170
325. Refutation de cette doctrine. 170
326. Suite. 171
327. Suite. 171
328. Suite. 172
329. Suite. 172
330. *Quid* de la réconciliation du demandeur à l'action? 173
331. *Quid* de l'acquiescement?. 173
332. *Quid* de la convention portant séparation de fait? . 174

N°s de l'ouvrage. Pages

3° Faits nouveaux.

333. Condition résolutoire du pardon, article 273. . . 175
334. Suite 175
335. Suite. — Dans quelles conditions une nouvelle demande en divorce ou en séparation de corps, fondée sur des faits anciens, pourra-t-elle faire revivre les faits nouveaux ?. 175
336. *1re Question.* — Nature des faits nouveaux. Doivent-ils être de même nature que les faits anciens? — Exemples 176
337. Suite. 176
338. Suite. 177
339. Suite. 177
340. Suite. 178
341. *2e Question.* — Les faits nouveaux pour faire revivre les faits anciens dans le sens de l'article 273 doivent-ils présenter le même degré de gravité ? . 178
342. Suite. 179
343. Suite. 179
344. Suite. 184
345. Suite. 180
346. Suite. 181
347. *3e Question.* — Quelle gravité doivent avoir les faits anciens pour que les faits nouveaux puissent les faire revivre ? 181
348. Il n'est pas nécessaire que le juge, dans une demande nouvelle, examine d'abord les faits nouveaux 182
349. *4e Question.* — A quelle époque doivent remonter les faits anciens pour que les faits nouveaux puissent les faire revivre 182-183
350. Suite. 183
351. Suite. 183
352. *5e Question.* — A quelle époque doivent remonter les faits nouveaux ?. 183
353. Suite. — Nouvelle fin de non-recevoir résultant de la solution de cette question 184
354. On peut proposer l'exception de réconciliation en tout état de cause 184
355. Suite 185

4° Réciprocité des torts.

356. La réciprocité des torts peut-elle être invoquée par l'époux défendeur comme fin de non-recevoir ? . 185
357. Suite. 186
358. Suite. 187
359. Suite. — On peut toujours opposer une demande reconventionnelle 187

N°s de l'ouvrage. Pages.

360. Suite. — Discussions préliminaires. 187
361. Suite. — Conclusion. 188-189
362. L'adultère du conjoint ne peut notamment être invoqué par l'autre conjoint comme fin de non-recevoir contre une demande de même nature. . 189
363. Suite. — Il en est ainsi alors même qu'il y aurait une condamnation pour adultère. 190
364. Suite. — Il n'en serait autrement que dans l'hypothèse d'une provocation. 190
365. Éléments d'appréciation dans ce dernier cas. . . 190
366. Suite. 190
367. Suite. 191
368. Atténuation résultant de la compensation des griefs. 191
369. Suite. — Éléments d'appréciation. — Pouvoir du juge 191
370. Suite. — Exemples 192
371. Suite. — Inconduite du demandeur, provocation. 192-193
372. *Quid* si le demandeur, sans qu'il y ait provocation proprement dite, est la cause directe ou indirecte des faits qu'il reproche à son conjoint?. 193
373. Influence de la réciprocité des torts quand les deux conjoints sont demandeurs. — *Quid* des dépens dans cette hypothèse?. 193

5° Défaut de qualité.

374. Renvoi *suprà*, n. 163 et suivants. . . . . .

6° Défaut de pertinence des faits.

375. La fin de non-recevoir tirée de la non-pertinence des faits touche de très près au fond du droit; mais il peut arriver que cette fin de non-recevoir ne résulte que du défaut de précision dans l'articulation des faits. 194
376. Suite. 194

7° Prescription.

377. La prescription est-elle une fin de non-recevoir en matière de divorce ou de séparation de corps?. . 195
378. Suite. 195-196
379. Suite. 196

8° Autres fins de non-recevoir.

380. On ne peut considérer comme fin de non-recevoir le refus par la femme d'exécuter le jugement qui lui ordonne de remettre ses enfants entre les mains de son mari. 196

N° de l'ouvrage. Pages.

381. La demande en séparation de corps ou en divorce ne peut élever en aucun cas une fin de non recevoir contre une autre demande en divorce ou en séparation 197
382. Suite. 197
383. L'époux séparé de corps peut toujours demander le divorce 197

9° Preuve des fins de non-recevoir.

384. Art. 274. — Cet article n'est pas limitatif. — *Quid* de l'aveu et du serment décisoire?. 198
385. *Quid* de l'interrogatoire sur faits et articles?. . . . 198
386. *Quid* pour la constatation de l'accomplissement de la formalité de l'article 252, qui prescrit de proposer la fin de non-recevoir après la prononciation du jugement qui ordonne la preuve? 199
387. La preuve de l'article 274 ne s'applique pas seulement au cas de réconciliation. 199

§ III. — PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL.

1° Permission de citer.

388. La procédure devant le tribunal commence à l'instant précis où l'on sait que l'instance est introduite. (Art. 240, V. *suprà*, n. 164). 199
389. La première mesure que le tribunal prendra aux termes de l'article 240 n'est que la continuation des efforts que doivent faire les magistrats pour arriver à la conciliation. 200
390. Le tribunal peut seulement suspendre la permission de citer, il ne peut la refuser. — Au surplus, le rôle du président, aussitôt l'affaire apportée à la barre, change de face : de juge conciliateur il devient juge rapporteur. 201
391. Utilité de ce rôle dans les préliminaires de la procédure 202
392. Point de départ du délai de trois jours fixé par l'article 240. 202
393. Ce délai est il fixé à peine de nullité?. 202
394. *Quid* du délai de vingt jours?. 203
395. Suite. 203
396. La décision du tribunal accordant ou suspendant la permission de citer n'est pas susceptible d'appel. 203
397. L'article 240 ne s'applique pas à la séparation de corps. 203
398. Tarif de l'assignation devant le tribunal. 203

2° Ajournement.

399. La procédure, même après la permission de citer,

N° de l'ouvrage. Pages.

conserve son caractère absolument privé. (V. *supra*, n. 241 et suiv.). 204
400. Division. 204
401. Dans quelle forme le demandeur fera-t-il citer le défendeur ? 205
402. *Quid* en séparation de corps ? 205
403. *Quid* en matière de divorce ? 205
404. Dans quel délai la citation doit-elle être donnée ? . . 206
405. A quel domicile doit-on assigner ? 206
406. L'article 241 n'est pas applicable à la séparation de corps 207
407. Tarif de la citation. 207

3° Audience à huis clos. — Comparution.

408. Nouvelle phase de la procédure. — Article 242. . . 207
409. La présence de l'avoué devient absolument nécessaire. 208
410. A combien de personnes est limité le conseil ? . . . 208
411. Suite. 208
412. Suite. 209
413. Présence du greffier. 209
414. Comparution personnelle à l'audience de huis clos. 209
415. Du cas où le demandeur sera dans l'impossibilité matérielle de se présenter. 210
416. Suite. 211
417. La comparution du défendeur est-elle nécessaire ? . 211
418. Vacations dues à l'avoué. 211

4° Production des pièces. — Désignation des témoins. — Preuves.

419. Division. 211
420. Le demandeur ne pourra plus après l'audience de huis clos proposer de pièces ni de moyens nouveaux 212
421. Mais le demandeur pourra faire valoir des faits non énoncés dans sa requête introductive d'instance si ces faits nouveaux ne font que corroborer ceux déjà énoncés dans la requête. 212
422. Quelles sont les pièces que le demandeur doit produire ? 212
423. Suite. — Lettres missives. 213
424. Suite. 213
425. Suite. 214
426. Suite. 214
427. Suite. 214
428. Suite. 215
429. Suite. 215
430. Suite. 216
431. Suite. 216

Nos de l'ouvrage. Pages.

432. Suite. 216
433. Suite. 217
434. Suite. 217
435. Suite. 218
436. Suite. 218
437. Suite. 218
438. Témoins (renvoi) 219
439. Autres modes de preuves. — Présomptions. . . . 219
440. Suite. — Adultère. 220
441. Suite. 220
442. Suite. 221
443. Suite. — Sévices. 221
444. Suite. 221
445. Suite, modes des preuves favorables à la collusion, serment décisoire ou supplétoire. 222
446. Suite. — Aveux. 222
447. Suite. — Déposition du président du tribunal touchant les aveux passés devant lui. 223
448. Suite. — Notoriété publique. 223
449. Suite. — Aveux. — Appréciation souveraine. . . . 223
450. Suite. 223

5° Reprise d'instance.

451. En cas de reprise d'instance la procédure ne doit pas être recommencée au delà de la citation à comparaître. 224
452. L'art. 242 n'est pas applicable à la séparation de corps. 225

6° Comparution du défendeur.

453. Texte de l'article 243. 225
454. Le défendeur peut-il, comme le demandeur, se faire assister d'un conseil ? 225
455. Le défendeur doit nommer ses témoins à l'audience à huis clos, sous peine de déchéance. 226
456. Jusqu'à quel moment les parties peuvent-elles proposer leurs reproches contre leurs témoins respectifs? 226
457. Lorsqu'en première instance le défendeur n'a proposé aucun moyen et aucun témoin, il ne peut être admis pour la première fois en appel à en proposer d'autres. 227
458. Une partie peut toujours renoncer à la déposition d'un témoin 227
459. En matière de séparation de corps les dispositions de l'article 243 sont remplacées par celles de l'article 252 et de l'article 279 du Code de procédure. . 227

7° Procès-verbal.

460. Article 244. — Texte. 227

Nos de l'ouvrage. Pages.

461. Les aveux doivent-ils être consignés au procès-verbal de l'audience à huis-clos ? 228
462. Suite. 228
463. Dans quelle forme le procès-verbal sera-t-il dressé ?. 228
464. Suite. 229
465. Suite. 229
466. Suite. 230
467. Suite. — L'article 244 ne s'applique pas à la séparation de corps . . . . . , ... 230

8° Renvoi des parties en audience publique.

468. Texte de l'article 245. — La communication de l'ordonnance au défendeur par voie de signification n'est nécessaire que dans le cas où il n'a pas comparu en personne à l'audience à huis clos. . . . 230
469. Le délai dans lequel les parties doivent comparaître en audience publique est laissé à la discrétion du tribunal 231
470 Le tribunal qui statuera à l'audience publique doit-il être composé de la même manière qu'à l'audience à huis clos ? 231
471. Suite. 232
472. Jusqu'à la décision à intervenir sur l'admissibilité de la demande, la présence du juge rapporteur est nécessaire parmi les membres du tribunal. . . . 232
473. Mais la présence du juge rapporteur n'est plus nécessaire dans la décision à intervenir après la précédente soit pour continuer l'instruction, soit pour juger le fond, si le tribunal considère l'affaire comme suffisamment instruite. 232-233

9° Comparution à l'audience publique. — Débats.

474. Art. 246. — Portée de ce texte. 233
475. A ce moment de la procédure certaines fins de non-recevoir peuvent être proposées d'office. . . . 233-234
476. Dans l'hypothèse de l'article 246, le débat ne porte encore que sur la pertinence des faits et l'admissibilité de la demande. 234
477. Il n'échet de statuer sur la pertinence des faits servant de base à une demande en divorce avant le jugement d'admission. 234
478. De ce que les juges doivent d'abord statuer à l'audience publique sur les fins de non-recevoir, il n'en résulte pas nécessairement que toutes les fins de non-recevoir doivent être opposées à cette époque de la procédure. — Exemple. 235
479. L'article 246 ne s'applique pas seulement aux fins de non-recevoir sur le fond du droit, mais encore aux simples exceptions. 236

N°s de l'ouvrage. Pages.

480. Le tribunal est souverain appréciateur de la pertinence des faits, il peut prendre les faits articulés dans leur ensemble pour les apprécier, et non un à un. — Exemples. 236-237
481. On peut déclarer pertinents les faits articulés, à l'effet d'établir les causes qui pourraient déterminer le juge à n'avoir pour la déposition de certains témoins que tel égard que de raison. 237
482. La date précise des faits n'est pas exigée dans l'articulation du demandeur, il suffit qu'ils soient suffisamment spécifiés pour que le défendeur puisse les reconnaître 237

10° Faits nouveaux.

483. Le demandeur, en principe, n'est recevable à faire valoir devant le tribunal que les faits détaillés dans la requête introductive d'instance, à moins que les faits survenus depuis ne soient que le complément de ceux précédemment détaillés 237
484. Suite. 238
485. Suite. — Lorsque le demandeur est dénoncé par le défendeur pour un délit qui pourrait être considéré comme cause de divorce, il est néanmoins inutile que le tribunal surseoive à statuer sur la demande. 239
486. Il n'y a pas lieu, avant le jugement statuant sur l'admissibilité de la demande, de statuer sur les conclusions du demandeur tendant à ce que l'action soit jugée au fond ni à celle du défendeur sur la recevabilité des preuves.— *Quid* de la demande reconventionnelle? 240
487. Quelle sera sur la décision à intervenir, touchant l'admissibilité de la demande ou la pertinence des faits, l'influence d'une erreur de qualification dans les articulations du demandeur? 240
488. Suite. 241
489. Suite. 241

11° Appel-opposition.

490. Peut-il être interjeté appel du jugement qui admet la demande? 242
491. Dans le cas où le défendeur ne comparait pas, lorsqu'il s'agit de statuer sur l'admissibilité de la demande et la pertinence des faits, pourrait-il faire opposition au jugement interlocutoire qui le condamne par défaut? Non. En matière de divorce, les décisions par défaut en première instance ne sont pas susceptibles d'opposition. (V. *infrà*, n. 656 et suiv.) 242

N° de l'ouvrage.		Pages.
	12° Exécution provisoire.	
492.	Le jugement qui statue sur la pertinence des faits et l'admissibilité de la demande est-il exécutoire par provision?	245
493.	Suite. — (V. *infrà*, n. 513.)	246
	13° Admission. — Appointement de preuves.	
494.	Texte de l'article 247. — Portée de cet article. (V. *suprà*, n. 490 et suiv.)	246
495.	Suite.	246
496.	L'appel du jugement qui admet la demande et déclare les faits pertinents est suspensif.	247
497.	Suite.	247
498.	Suite.	247
499.	Division	248
500.	Du cas où le juge peut admettre le divorce d'emblée à la première audience qui suit celle à huis clos.	248
501.	Tendance justifiée de la jurisprudence à continuer l'instruction.	248
502.	Suite.	248
503.	Exemples de cas où le divorce peut être prononcé sur le vu à l'audience publique des pièces produites à l'audience à huis clos.	249
504.	Il est inutile dans ce cas que le jugement détaille les faits.	249
505.	L'article 247, dans le cas où l'instruction se continue, vise principalement la preuve testimoniale. (V. *suprà*, n. 430 et suiv.)	249
506.	Quant au point de savoir sur quoi doit porter l'enquête lorsqu'elle est ordonnée, elle ne peut porter que sur la preuve et la preuve contraire des faits allégués par le demandeur.	249
507.	La preuve testimoniale devant porter sur les faits retenus par le tribunal, la déposition portant sur des faits autres que ceux dont la preuve est ordonnée doit être rejetée du débat.	250
508.	Lorsque quelques-uns des faits sont pertinents, il importe peu, au point de vue de l'enquête, que d'autres faits articulés en même temps le soient moins.	250
509.	Avant de statuer sur l'enquête, le tribunal doit ordonner la signification au demandeur des faits que le défendeur a articulés pour sa défense, et le demandeur ne pourrait repousser cette articulation comme tardive.	251
510.	La preuve contraire n'est recevable que si elle répond exactement à l'articulation du demandeur. — Exemples.	251
511.	*Quid* des faits de provocation?	252

Nos de l'ouvrage. Pages.

512. *Quid* des faits qui ont servi au défendeur à former une demande dont il s'est désisté?. 252
513. Le jugement qui admet l'enquête et la contre-enquête est susceptible d'appel, et l'appel est suspensif. . 252
514. Il en est ainsi spécialement du jugement sur la preuve contraire. 253
515. Suite. 253
516. Mais l'appel doit être interjeté immédiatement. . . 253
517. La partie autorisée à faire la preuve des faits qu'elle allègue peut renoncer au bénéfice du jugement qu'elle a obtenu. 253
518. Frais de cette procédure. 254

14° Suite des débats.

519. Article 248. — Texte. — Portée de ce texte. — Les faits nouveaux, destinés seulement à corroborer les anciens, pourront être proposés à chaque acte de la cause. . . . . , ... 254
520. *Quid* de la forme dans laquelle le tribunal devra statuer, ou des moyens nouveaux destinés à corroborer les anciens?. 255
521. L'époux peut renoncer à l'audition des témoins qu'il a produits. 256
522. Les parties n'ont pas à intervenir dans le jugement nommant un nouveau rapporteur. 256
523. La présence du demandeur est-elle exigée dans les demandes provisionnelles comme pour les débats sur le fond?. 256
524. Suite (exemples). 257
525. Le défendeur défaillant à toutes les audiences fixées pour la comparution des parties ne peut plus être reçu à faire entendre des témoins. 258
526. Lorsque c'est le demandeur qui fait défaut, il est simplement déchu de son action sans que le défendeur puisse conclure au fond. 259
527. Mais l'absence du demandeur ne résulterait pas suffisamment de ce que sa présence ne serait pas mentionnée dans les qualités du jugement. . . 260
528. La présence du demandeur n'est pas nécessaire en appel, ... 260
529. Le jugement qui ordonne la preuve des faits consignés au procès-verbal de l'audience à huis clos ne doit pas nécessairement les énoncer. 260
530. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il soit rendu en audience publique. 261

15° Désignation de nouveaux témoins.

531. Article 249. . . . . , ... 261

N° de l'ouvrage. Pages.

532. Quand le demandeur est-il forclos du droit de désigner des témoins? 261
533. L'article 249 ne s'applique pas aux témoins que les parties auraient à faire entendre sur des faits nouveaux corroborant les anciens. 261
534. Lorsqu'une demande de supplément d'enquête est admise, la cause doit être renvoyée à l'audience, afin qu'il soit statué sur les fins de non-recevoir et les reproches que la partie adverse pourrait avoir à opposer 262
535. Sauf les modifications apportées par le Code civil, les règles à suivre ici sont les règles générales du Code de procédure. 262
536 Des points sur lesquels il est dérogé à ces règles. . 262

16° Reproches contre les témoins.

537. Article 250. 263
538. A quel moment l'article 250 devient-il applicable? . 263
539. Le délai de l'article 250 doit être rigoureusement observé sous peine de forclusion. 263
540. Suite. 263-264
541. Les règles générales du Code de procédure sont ici applicables quant aux reproches contre les témoins. 264
542. Suite. — Exemples contre les témoins. 264
543. Suite. 265
544. Article 251. — Motifs de ce texte. — Les reproches habituels peuvent-ils être invoqués contre les témoins désignés à cet article?. 265
545. Suite. 266
546. Suite. — *Quid* des alliés?. 266
547. Suite. — *Quid* du donataire?. 266
548. Le juge n'est pas tenu d'adresser aux témoins d'interpellations sur la qualité qui les lie aux parties. 266
549. *Quid* des témoins entendus dans une première demande et du président?. 266-267
550. *Quid* des enfants?. 267
551. Suite. , ... 267
552. *Quid* des petits-enfants et des enfants d'un premier lit? 268
553. *Quid* des enfants naturels? 268

17° Fixation du jour de l'enquête.

554. Article 252. — Texte. 269
555. Tribunal compétent pour l'enquête. 269
556. Règles générales de l'enquête. 269
557. Délais pour assigner les témoins. 269
558. Constatation des formalités de l'enquête. 270
559. Suite. 270
560. Nouveaux témoins. — Force majeure. 270

N°s de l'ouvrage. Pages.

18° Procédure de l'enquête.

561. Article 253. — Texte. (V. *suprà*, n° 555.) — Les témoins doivent être entendus séparément. (V. *suprà*, n° 541). 270
562. Article 254. — Texte. 271
563. Article 255. — Texte. 271
564. La présence du demandeur à l'enquête est indispensable. 271
565. Tendance de la jurisprudence en faveur de la validité des enquêtes. 272
566. Le juge ne peut interpeller les témoins sur leur qualité vis-à-vis des parties. 272
567. Mais il doit, à peine de nullité, leur demander leur âge. — *Quid* des non comparants? 272
568. Suite. 272
569. Faux témoignage. 273
570. Nullité. — Enquête recommencée. 273
571. Formalité de la clôture de l'enquête. 273
572. Les juges qui ont commencé l'enquête doivent-ils la terminer eux-mêmes? 273
573. *Quid* de la lecture du procès-verbal aux témoins? . 273
574. Suite. 273
575. *Quid* de la présence à l'enquête d'un avoué ou d'un huissier. 273
576. Signature du juge et du greffier. 274
577. Déposition écrite. (V. *suprà*, n° 541). 274
578. Suite. 274
579. Suite. — Prorogation d'enquête. 274
580. Tarif. 274
581. Suite. 275
582. Quand devra être ouvert le procès-verbal d'enquête. 276
583. Frais dus à l'avoué. 276

19° Clôture de l'enquête.

584. Article 256. — Le juge peut ordonner le huis clos. . 277
585. La présence du demandeur n'est plus exigée à l'audience publique qui suit l'enquête. 277
586. Analogies entre l'article 256 et l'article 245. (V. *suprà*, n°s 468 et suiv.). 277
587. Suite. 278
588. Suite. 278

20° Dernière audience. — Jugement définitif.

589. Texte de l'article 257. — Témoin unique. 278
590. Texte de l'article 258. — Le huis-clos peut être ordonné. 279
591. Enonciation des faits par le jugement. 279
592. Frais du jugement. 280
593. Formalités spéciales à remplir lorsque l'un des époux est commerçant. 281

N° de l'ouvrage. Pages.

594. A qui incombent les frais. 281-282
595. Article 259. — Texte. 282
596. Caractère de cette disposition ; elle est inapplicable à la séparation de corps. 282
597. Comment doit se compter le temps d'épreuve. . . . 284
598. Le jugement qui impose un temps d'épreuve n'est pas susceptible d'appel. 284
599. Suite. 286
600. Vices de réduction. 286
601. Suite. 287
602. Suite. 288
603. Suite. — L'article 259 s'applique à tous les cas prévus par l'article 231. 288
604. Suite. 289
605. Article 260. — Texte. 289-290
606. Maximum du délai d'épreuve. — L'article 260 est impératif. 290
607. Les articles 259 et 260 ne sont pas applicables à la séparation de corps. 290

§ IV. — PROCÉDURE PARTICULIÈRE AU DIVORCE POUR CONDAMNATION A UNE PEINE INFAMANTE.

608. Ancien texte de l'article 261. — Débats parlementaires. 291
609. Nouveau texte. 292
610. Comment et par qui doit être délivré le certificat de l'article 261. 293
611. Caractère exceptionnel de la procédure établie par l'article 261. 293
612. Règles générales de l'introduction de l'instance. . . 294
613. Suite. 294-295
614. Suite. 295
615. Suite. 296
616. L'article 261 est applicable à la séparation de corps. 296-297
617. Code néerlandais 298
618. L'article belge 261 est abrogé par le Code pénal de 1867 298
619. Frais de cette procédure. 298-299

§ V. — VOIES DE RECOURS.

1° Caractère général de la procédure d'appel.

620. Texte de l'article 262. Caractère de cette disposition. 299
621. L'article 262 n'est pas limitatif. — De quels jugements peut-on appeler ? 300
622. Suite. 300
623. Suite. 301
624. Suite. 302

Nos de l'ouvrage. Pages.

625. Suite. 302
626. Suite. 303
627. Suite. 304
628. Suite (renvoi au n. 490). 305
629. Une cour ne peut statuer que sur l'objet dont elle est saisie. — En matière de divorce, la Cour ne devra pas faire revivre devant elle les diverses phases de la procédure de première instance . . 305
630. Suite. 305-306
631. Suite. 306
632. Suite. 306
633. Suite. 306
634. Suite. 306
635. La présence du demandeur n'est pas exigée devant la Cour. 307
636. Les actes de procédure ayant acquis force de chose jugée ne peuvent être critiqués en appel. . . . 308
637. Le défendeur peut appeler du jugement d'admission même après le jugement s'il est encore dans les délais. 308
638. Le mari n'est pas recevable à se plaindre en appel que sa femme ait quitté son domicile sans autorisation, si cette autorisation à fait l'objet d'une ordonnance postérieure. 308
639. La femme défenderesse ne peut se faire un moyen d'appel de ce que le jugement ne lui a pas fait défense d'épouser son complice. 308
640. Les juges d'appel peuvent faire procéder à de nouvelles enquêtes 309
641. En cas d'appel du jugement d'admission et du jugement définitif, les juges ne sont pas obligés de statuer sans délai ni remise sur le jugement définitif. 309
642. Le ministère des avoués est nécessaire en appel. (V. *suprà*, n. 229.) 309

2° Délais d'appel.

643. Texte de l'article 263. L'ancien texte et le nouveau. 310
644. Suite. 311
645. Il n'y aucune différence à établir relativement au délai d'appel entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut. 311
646. La nullité de la signification du jugement prononçant le divorce peut être invoquée par l'intimé à raison de l'omission du domicile légal de l'appelant 311
647. L'appréciation du juge d'appel est souveraine. . . 312

N° de l'ouvrage. Pages.

648. De la renonciation et de l'acquiescement. 312
649. Suite. 313

3° Pourvoi en cassation.

650. Délai du pourvoi en cassation. 314
651. Ce qu'on doit entendre par l'effet du pourvoi. . . 314
652. Suite. 315
653. Suite. 315
654. Le pourvoi en cassation est-il suspensif?. 316
655. Suite. — Pourvois sur les jugements d'admission. — Règle d'interprétation. 316-317
656. Suite. — Demandes incidentes. 317
657. Suite. 317-318

4° Opposition.

658. L'opposition n'est pas admise en 1re instance en matière de divorce. 319
659. Suite. — L'opposition est permise en appel. . . . 319-320
660. Suite 320
661. Suite. — L'ordonnance de 1667 ne permettait l'opposition qu'en appel. — Travaux préparatoires . . 320
662. Suite. — Aucune disposition spéciale n'ayant permis l'opposition aux jugements par défaut en matière de divorce, cette voie de recours n'est pas ouverte en première instance 321

5° Requête civile.

663. La requête civile est admise en matière de divorce. 321
664 L'article 263 est applicable à la séparation de corps. — Action en nullité 321

§ VI. — PRONONCIATION DU DIVORCE PAR L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL.

665. Articles 264, 265 et 266. — Travaux préparatoires. — Délai. — La présence du défendeur devant l'officier de l'état civil n'est pas nécessaire, mais il doit être cité. — Le défendeur pourrait-il faire prononcer le divorce? 322-323
666. Suite. — Le défendeur ne peut invoquer le principe de la chose jugée. — Le divorce est un acte de l'état civil. 323-324
667. Suite. — L'article 264 est une disposition exceptionnelle. 324
668. Les articles 263, 264, 265 et 266 s'appliquent à tous les jugements et arrêts définitifs, sans distinction entre les décisions contradictoires ou par défaut. — Péremption. 324-325

Nos de l'ouvrage. Pages.

669. Quand la péremption de l'article 264 pourra-t-elle être invoquée par le défendeur? 325
670. Quel est l'officier de l'état civil compétent pour prononcer le divorce? 325
671. L'officier de l'état civil du mari est seul compétent. 326
672. Cas où le mari n'a pas de domicile connu 326
673. Le juge des référés peut-il prononcer en cas de doute sur la compétence de l'officier de l'état civil? . . 326
674. Forme dans laquelle le défendeur doit être appelé devant l'officier de l'état civil, et comment ce dernier doit procéder à la dissolution du mariage. . 327
675. Le divorce n'est un fait accompli qu'après la prononciation par l'officier de l'état civil.— L'époux mort avant l'accomplissement de cette formalité et depuis le jugement ou l'arrêt définitif sur le fond meurt en état de mariage. 328
676. Pouvoir du juge des référés quant aux dépens.—Appel de l'officier de l'état civil. 328
677. Dépens.— Compensation, opposition à l'exécution. Mainlevée. 328
678. Formalités à remplir après la prononciation du divorce quand l'un des époux est commerçant. . . 328

§ VII. — DEMANDE RECONVENTIONNELLE.

679. La demande reconventionnelle en matière de divorce n'est pas une défense à l'action principale et ne peut être formée par simple acte. 328-329
680. La demande reconventionnelle peut être intentée par les mêmes causes que l'action principale. . 329
681. Peu importe que les faits sur lesquels repose la demande reconventionnelle soient antérieurs ou postérieurs à l'introduction de la demande principale. 329
682. A quelle époque peut être intentée la demande reconventionnelle? 330
683. Suite. — Peut-elle être formée en appel? 330
684. Suite. — Caractère de l'article 464 du Code de procédure 330-331
685. Suite. — Caractère particulier de la demande reconventionnelle en séparation de corps. 331
686. Suite. — En matière de séparation de corps, elle peut être intentée en tout état de cause. . . . 332
687. Suite. — La demande reconventionnelle en matière de séparation de corps étant une défense à l'action principale peut être intentée en appel. . . 332
688. Suite. — En matière de divorce, la demande reconventionnelle étant elle-même principale ne peut être intentée en appel. 332

N° de l'ouvrage. Pages.

689. L'admission d'une telle demande en appel dans une affaire de divorce serait frustratoire. 332-333
690. Suite. — Cas exceptionnel où cette demande pourrait, même en matière de divorce, être formée en appel. 333
691. Suite. — Quand y a-t-il lieu à jonction des causes? 333
692. Le rejet de la demande principale en divorce n'empêche pas la demande reconventionnelle de même nature de suivre son cours. 334

§ VIII. — MESURES PROVISOIRES.

1° Caractères généraux des mesures provisoires.

693. Les obligations résultant du mariage subsistent tant que le divorce n'est pas prononcé. 334
694. Les mesures provisoires ne portent aucune atteinte aux principes de la puissance paternelle et maritale, ni au pouvoir d'administration du mari. — A cet égard, l'action en nullité que l'article 271 donne à la femme ne doit être considérée que comme une application de l'article 1167. . . . 334-335
695. Quelle est l'autorité compétente pour ordonner les mesures provisoires? *Quid* en cas d'urgence? (V. *infra*, 715.) 335-336
696. Suite. — Le président qui autorise la femme à suivre sa demande, en séparation de corps, et lui assigne un domicile provisoire, peut statuer en cas d'urgence sur la garde des enfants. 336
697. Suite. — Des difficultés du même genre se produisent en matière de divorce. 337
698. Suite. — La doctrine généralement admise à cet égard pour la séparation de corps est contraire aux principes qui régissent l'introduction de l'instance et la tentative de conciliation. . . . 337
699. Suite en matière de divorce. — Le président peut, s'il y a urgence, statuer sur le domicile provisoire de la femme 338
700. Suite. — Il en est de même en matière de séparation de corps pour la garde provisoire des enfants. . 338
701. Suite. — Examen de cette dernière hypothèse; les parties peuvent-elles se faire assister de leurs conseils devant le juge conciliateur, quand celui-ci doit statuer sur des mesures provisoires urgentes comme juge des référés? 338-339
702. Suite. — Raison pour laquelle les conseils des parties venus avec elle devant le juge conciliateur, dans le cas où ce dernier doit statuer sur des mesures urgentes, ne peuvent être considérés comme un obstacle à la conciliation 340

N° de l'ouvrage. Pages.

703. Suite. — Motifs d'un arrêt qui juge en ce sens en matière de séparation de corps 340-341
704. Suite. — En pareil cas le président doit statuer par deux ordonnances distinctes 342
705. Tout ce qui a été dit dans les numéros précédents sur la compétence et la manière de procéder pour les mesures provisoires urgentes s'applique au cas de divorce comme au cas de séparation de corps . . 342
706. Suite. — Compétence du juge des référés concernant les difficultés relatives à la puissance paternelle et à la garde provisoire des enfants 342
707. Suite. — Compétence des tribunaux français pour statuer sur les mesures provisoires dans les actions en divorce ou en séparation de corps formées entre étrangers. 342
708. Suite. — Il n'y a aucune distinction à faire, quant à la compétence du président comme juge des référés en cas d'urgence, entre les diverses mesures provisoires. 343
709. La juridiction civile est seule compétente en ce qui concerne les mesures provisoires, même lorsque l'un des époux est commerçant en état de faillite. 343
710. La Cour d'appel est incompétente pour statuer sur les mesures provisoires dont elle est directement saisie 344
711. Division des mesures provisoires. 344

2° Mesures provisores quant aux personnes. — Des époux.

712. Domicile provisoire, article 268 344
713. Analogie de l'article 268 avec l'article 259 344
714. Différence entre le cas de séparation de corps et celui de divorce. 345
715. En matière de séparation de corps, la compétence du président pour fixer le domicile provisoire subsiste, quand même la femme est demanderesse (V. *suprà*, n. 695 et suiv.). 345
716. En matière de séparation de corps, le président du tribunal ne peut refuser de statuer sur le domicile provisoire. — *Quid* s'il néglige de le faire ? . . . 345-346
717. Les motifs d'ordonner les mesures provisoires en matière de séparation de corps et de divorce sont les mêmes. 346
718. En ce qui concerne le domicile provisoire, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où la femme est demanderesse et celui où elle est défenderesse (V. *infrà*, n. 742, et *suprà*, n. 693). 346
719. De ce que le domicile provisoire est un droit pour le demandeur, il résulte deux conséquences : 1° En cas d'omission de statuer de la part du président,

Nos de l'ouvrage. Pages.

la personne qui a recueilli la femme *peut*, à moins de délit, n'encourir aucune responsabilité. . . . 347
720. Le mari demandeur peut exiger que sa femme quitte le domicile conjugal. 347
721. La femme peut être autorisée à résider séparément dès le début de l'instance. 347
722. Le domicile provisoire de la femme doit-il nécessairement être fixé dans l'arrondissement où le mari a son domicile? — Pouvoir des juges à cet égard. 347-348
723 Lorsque la résidence provisoire de la femme est fixée chez ses parents, elle peut les suivre dans leurs changements de domicile. 348
724. *Quid* lorsque les parents de la femme chez qui elle est autorisée à résider demeurent à l'étranger? (V. *infrà*, n° 747). 349
725. *Quid* lorsque la femme est autorisée à résider chez une personne tierce qui change de domicile? — Significations faites à ce domicile. — Nullité. . . 349
726. Éléments de décision sur lesquels le tribunal ou le président peuvent se baser pour fixer le domicile provisoire de la femme. — Cette décision est révocable. 350
727. La femme peut être autorisée à s'absenter du domicile provisoire qui lui a été assigné. — Éléments de décision sur ce point. 350
728. Le mari défendeur ne serait pas recevable à demander au tribunal de changer le domicile provisoire fixé à la femme, en se basant sur ce fait qu'il n'a pas été mis à même de présenter ses observations lorsque ce domicile a été fixé. 350
729. Le mari peut être contraint de quitter le domicile conjugal, et la femme peut être maintenue à ce domicile quand les circonstances l'exigent. 351
730. Notamment si le domicile conjugal est établi dans un propre de la femme et que celle-ci l'ait affecté à une exploitation commerciale ou agricole. . . . 351-352
731. Il en est de même lorsque le domicile conjugal est établi sur des biens appartenant à des enfants que la femme a eus d'un premier mariage. — Ou lorsqu'après séparation de biens la maison commune se trouve louée au nom de la femme. 352
732 En cas de refus par le mari de quitter dans ces circonstances le domicile conjugal, il peut en être expulsé par toutes les voies de droit. 352
733. En dehors de ces cas les juges doivent se baser sur la santé de la femme ou l'intérêt de la famille. . . 352-353
734. La défenderesse en divorce non autorisée à demeurer au domicile conjugal, à l'exclusion du mari, n'est pas recevable en principe à demander que la garde des enfants lui soit confiée dans la résidence qu'elle s'est choisie. 353

N° de l'ouvrage. Pages.

735. Au surplus, les dispositions des articles 268 du Code civil et 878 du Code de procédure ne sont pas facultatives pour la femme. — La décision qui fixe le domicile provisoire conserve effet tant que l'instance en séparation de corps ou en divorce n'est pas périmée. Dès lors le refus du mari durant cet invalle de recevoir sa femme défendresse ne constitue pas une injure grave de nature à motiver de la part de cette dernière une demande reconventionnelle. 353-354

736. La décision qui fixe à la femme une résidence provisoire ou enjoint au mari de quitter le domicile conjugal pendant l'instance est contentieuse et par conséquent susceptible d'appel. (V. *infrà*, n° 795.). 354

737. Suite. — Décision en sens contraire. 355

738. Suite. — Si la décision est motivée sur le consentement des parties, elle ne peut être attaquée par voie d'appel, par suite d'un changement dans les circonstances qui l'ont motivée. (V. *infrà*, n° 795.). 355

739. En tous cas, la voie d'action incidente ou principale, ou celle de l'opposition devant le tribunal, ne sont pas recevables dans cette hypothèse. . . 355

740. Les actes de procédure doivent être signifiés au domicile de fait de la femme pendant l'instance. . . 355-356

741. Et cela à peine de nullité desdites significations. . . 356

742. Sanction de l'article 268. — Déchéance infligée par l'article 269 à la femme qui abandonne le domicile provisoire qui lui a été désigné. 356-357

743. La fin de non-recevoir créée par l'article 269 peut-elle être invoquée en matière de séparation de corps comme en matière de divorce ? 357

744. Suite. — La fin de non-recevoir de l'article 269 peut être invoquée au cas de séparation de corps. . 358

745. Suite. — Les motifs qui feraient appliquer la fin de non-recevoir en question à la séparation de corps seraient les mêmes qu'au cas de divorce. . 358-359

746. Suite. — En matière de séparation de corps, l'article 269 sans créer une fin de non-recevoir proprement dite pourra néanmoins permettre de faire suspendre les poursuites. En tous cas la fin de non-recevoir de l'article 269 ne doit pas être considérée comme absolue. 359

747. Suite. — Conditions essentielles pour que la fin de non-recevoir de l'article 269 puisse être invoquée. (*V. Suprà*), n° 722 et suiv. 360

748. Suite. — Circonstances qui peuvent justifier de la part de la femme l'abandon de la résidence provisoire. 360-361

749. Suite. 361

750. La fin de non-recevoir tirée de l'article 269 peut, quand

N° de l'ouvrage. Pages.

elle est justifiée, être invoquée en tout état de cause. 361 362

751. La fin de non-recevoir en question n'est pas justifiée quand entre deux demandes en séparation de corps dont la première a été rejetée la femme demanderesse n'a pas réintégré le domicile conjugal, conformément à la décision intervenue en justice. — Elle est encore moins recevable quand il ne s'agit que d'une séparation de biens. 362

752. Déchéance édictée par l'article 269. — Quant à la pension alimentaire, elle s'applique à la séparation de corps, mais n'est pas absolue. 362-363

753. Règles particulières à la pension alimentaire. — Elle est due au cas de séparation de corps comme au cas de divorce. 363

754. Que doit-on entendre par les mots *pension alimentaire* employés par l'article 268 du Code civil ? 364

755. Il faut, mais il suffit pour que la provision alimentaire soit due qu'une demande en divorce ou en séparation de corps soit intentée. 364

756. Mais le retard dans le paiement de la provision n'élève aucune exception dont la femme puisse se prévaloir pour interrompre les péremptions qui peuvent courir contre elle au cours de l'instance. 364-365

757. Les demandes en provision ou en pension alimentaire sont, même en matière de séparation de corps, de la compétence du tribunal. 365

758. La provision *ad litem* doit comprendre les frais d'appel s'il y a lieu. 365

759. La demande en provision peut néanmoins être demandée en appel, ce n'est pas là une demande nouvelle. 365

760. Mais cette demande étant attachée au sort de l'action principale devient naturellement sans objet si la demande principale est rejetée, et la femme ne peut demander en appel une provision concernant les frais de sa demande en première instance. . 366

761. D'ailleurs, c'est le jugement qui alloue la pension ou la provision qui a l'autorité de la chose jugée quant au chiffre et à la durée de l'allocation. 366

762. Les tribunaux peuvent ordonner, sur une demande en provision, que les parties plaideront plus amplement devant lui. 367

763. La pension alimentaire fixée par le tribunal doit continuer à être servie, si, après rejet du jugement sur le fond, la Cour ordonne qu'il soit sursis à l'exécution. 367

764. La pension et la provision *ad litem* comprennent les frais de justice comme les aliments. 367

N° de l'ouvrage. Pages.

765. La demande en provision *ad litem* n'est pas préjudiciable, mais simplement incidente 367
766. Le juge doit fixer séparément le montant des aliments et de la provision *ad litem*, il apprécie souverainement au surplus la quotité de ces deux provisions 367-368
767. Il ne doit pas prendre nécessairement pour base le revenu net des biens du mari 368
768. La pension alimentaire n'étant pas fixée d'une manière irrévocable est susceptible, suivant les circonstances, de diminution ou de majoration. — L'une et l'autre peuvent être demandées en tout état de cause. 368-369
769. Suite. — Majoration 369
770. Suite. — Diminution. — Manœuvres dolosives du débiteur de la pension alimentaire 370
771. La pension alimentaire due pendant l'instance ne met pas obstacle à l'acquittement des aliments dus par les enfants aux parents dans le besoin, et réciproquement 370
772. Les aliments peuvent être fixés par une convention dans le cas de l'article 268. — A défaut de pension servie par le mari, il est obligé envers les tiers en vertu du mandat tacite qu'il est censé continuer à la femme 371
773. Au point de vue de la liquidation de la communauté, la pension alimentaire est une charge de la jouissance par le mari des propres de sa femme . . . 371-372
774. Cette opinion est conforme à l'esprit du législateur, tel qu'il résulte des travaux préliminaires . . . 372
775. L'article 268 ne déroge pas à l'article 474 du Code de commerce. — En cas de faillite du mari, c'est au syndic, comme administrateur, que la femme doit s'adresser 372-373
776. La femme peut être tenue réciproquement de payer au mari une pension alimentaire et une provision *ad litem*. 373
777. Doit-on, à cet égard, distinguer entre le cas où le mari est demandeur et celui où il est défendeur? 373
778. Au cas de non-paiement de la pension, l'époux à qui elle est due peut faire saisir-arrêter ou saisir-exécuter entre les mains des débiteurs du conjoint. 374

3° Des enfants.

779. L'article 267, qui règle la garde provisoire des enfants, est applicable en matière de séparation de corps comme en matière de divorce. 374-375
780. Il est dans le vœu de la loi de laisser les enfants provisoirement au mari, à moins que leur avantage

N° de l'ouvrage. Pages.

ne soit contraire à cette solution. — Il s'agit là, du reste, d'une question de fait 375

781. L'enfant peut donc être confié à la femme 375-376

782. Surtout quand le mari le demande lui-même et que cette solution est sollicitée aussi par l'âge de l'enfant 376

783. Le père n'est pas recevable à invoquer l'article 376 du Code civil contre l'enfant qui le quitte pendant l'instance, pour se rendre près de sa mère.— Mais la femme demanderesse est non recevable à continuer jusqu'à réintégration de l'enfant 376-377

784 Les seuls moyens que le mari défendeur ait de se faire remettre les enfants après le rejet de la demande, ce sont la saisie des biens de la femme et le refus d'aliments. 377

785. Les juges peuvent confier les enfants à des tiers ; par exemple, à une maison d'éducation. 377

786. Le mari ne peut retirer les enfants du lieu où les a placés le tribunal. 377

787. L'époux ou tiers, à qui la garde des enfants est confiée, se la voit retirer dans le cas où les conditions que leur avait imposées le tribunal ne sont pas remplies. 378

788. Mais l'inexécution du jugement, ordonnant à la femme de laisser les enfants au père pendant la durée de l'instance, n'élève aucune fin de non-recevoir contre la demande principale. 378

789 Le jugement qui confiera à un tiers la garde provisoire des enfants n'enlève pas au père le droit d'émancipation, sauf le cas de fraude. 378

790. L'émancipation régulière n'empêche pas que le père puisse être condamné à placer son enfant dans un établissement, désigné sous peine de dommages-intérêts moratoires. 378-379

791. En cas de contestation entre le père et la mère sur l'application de l'article 267, c'est en tenant compte des soins exigés par l'âge et le sexe de l'enfant que la question doit être tranchée. 379

792. La présence du demandeur en divorce n'est pas exigée à peine de déchéance aux débats incidents concernant la garde provisoire des enfants. . . 379

793. Par le mot *famille* de l'article 267, il faut entendre le conseil de famille. 379-380

794. L'ordonnance de référé sur la garde des enfants, en cas d'urgence, cesse de tenir état aussitôt que le juge du principal a statué.—Cette dernière décision elle-même peut toujours être modifiée. . . 380

795. L'ordonnance de président ou le jugement statuant sur la garde des enfants, étant susceptibles d'appel, doivent être motivés (V. *suprà*, n°s 736, 737 et 738). 380-381

N° de l'ouvrage. Pages.

796. Suite. — Il peut être interjeté appel, avant le jugement définitif, du jugement qui joint au fond la demande de l'époux demandeur sur la garde des enfants. 381
797. La décision qui statue sur la garde des enfants est exécutoire par provision. 381-382
798. L'article 472 du Code de procédure est applicable au cas où la Cour d'appel remet les enfants à l'époux, à qui la garde n'en était pas encore confiée. . . . 382
799. La mère à qui la garde des enfants a été confiée provisoirement peut agir pour eux aux lieu et place du père quand leur intérêt l'exige. 382
800. Lorsque le mari a la garde de deux enfants sur trois, il ne peut demander que le troisième soit enlevé à la mère, si l'état de santé de ce dernier s'y oppose. 382

4° Mesures provisoires concernant les biens.

801. Les mesures provisoires concernant les biens sont régies par les articles 270 et 271. — Texte de l'article 270. 383
802. L'article 270 est applicable à la séparation de corps comme au divorce. 383-384
803. L'autorisation donnée à la femme, pour procéder sur la demande, embrasse le principal et les accessoires; mais il est d'usage de demander une autorisation nouvelle pour la levée des scellés. . 384
804. On ne saurait invoquer, pour dénier à la femme le droit d'apposer des scellés, le motif qu'étant demanderesse, elle a suspendu quelque temps ses poursuites, ni le motif que les époux sont étrangers s'ils ont saisi un tribunal français. 384-385
805. La Cour, saisie d'un appel sur la résidence provisoire de la femme, peut autoriser celle-ci à emporter dans sa résidence une portion de son mobilier à sa convenance. 385
806. Les scellés peuvent être apposés même sur les meubles de la communauté que le mari se disposait à vendre, s'il y a fraude de sa part. 385
807. L'inventaire de l'article 270 comprend les titres et papiers domestiques, mais non les lettres sans intérêt matériel et dont le juge de paix peut prendre connaissance, afin de les retenir à l'inventaire, ou de les rejeter s'il le juge convenable 385-386
808. L'article 270 s'applique à la femme séparée de biens et à la femme dotale comme à la femme commune 386
809. Les droits conférés à la femme par l'article 270 ne peuvent porter atteinte en principe à ceux du mari comme chef de la communauté 386-387

N° de l'ouvrage. Pages.

810. Les droits de la femme sont donc limitativement déterminés 387
811. Il en résulte que la femme ne peut user des droits que lui confère l'article 270, avant qu'aucune action en divorce ou en séparation de corps soit intentée . 387
812. La femme ne peut exiger d'autres sûretés que celles que lui donne l'article 270 387-388
813. Il ne peut être fait défense au mari d'aliéner les objets susceptibles de dépréciation. (V. *infrà*, n. 835.) — Le mari ne peut être contraint de donner caution 388
814. La femme n'a pas le droit de faire nommer un séquestre 388-389
815. Il en est ainsi au moins pour la femme dotale. . . 389
816. Toutefois, la femme peut prendre des mesures autres que celles de l'article 270, quand elles ne sont pas plus vexatoires que celles de cet article. 389
817. Suite. 389-390
818. Les juges en ce cas apprécieront. — L'article 270 peut être combiné avec l'article 869 (C. proc.). . 390
819 Au lieu d'autoriser l'apposition des scellés, les juges peuvent décider que l'inventaire dressé immédiatement suffira. — Ils peuvent aussi décider que la femme assistera au remboursement des sommes dues par les tiers à la communauté, ou que ces sommes resteront entre les mains des débiteurs 390-391
820. La femme ne peut procéder par voie de saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de la communauté. . 391-392
821. La femme peut en effet requérir, avec les mesures de l'article 270, celles de la séparation de biens. — Il en serait autrement au cas où la femme directement ou indirectement se trouverait débitrice de son mari 392
822 Les tribunaux pourront ordonner, d'après les circonstances, que les deniers de la communauté resteront à la Caisse des dépôts et consignations pendant l'instance 392
823. De la levée des scellés. — Elle peut être demandée par la femme et même par le mari, quand il offre en échange des garanties suffisantes 393
824. Le mari peut toujours demander un tempérament aux mesures prises par la femme, lorsqu'elles revêtent un caractère abusif et vexatoire. 393
825. L'article 270 ne peut être invoqué par le créancier qui poursuit contre la communauté le recouvrement de sa créance. 394
826. L'article 270 est sanctionné par l'article 400 (C. proc.). — L'article 380 du même Code ne peut être invoqué. 394
827. Le séquestre lui-même pourrait en cas de détournement poursuivre le mari. 394-395

N° de l'ouvrage. Pages.

828. L'article 270 ne peut être invoqué par le mari à titre de réciprocité. 395
829. Le mari peut cependant faire apposer les scellés chez sa femme, s'il la soupçonne d'avoir détourné des effets de la communauté. 395
830. L'article 270 est complété par l'article 271 396
831. L'article 271 est applicable à la séparation de corps comme au divorce 396
832. L'article 271 ne fait pas obstacle à ce que l'administration de la communauté reste aux mains du mari, tant qu'il ne s'en est pas rendu indigne . . 396-397
833. Le mari reste administrateur de la communauté, même s'il a été déclaré responsable par la qualité de séquestre que le tribunal lui aurait conférée.— Les tribunaux n'ont pas pouvoir de confier pendant l'instance cette administration à un tiers. . 397
834. Le mari seul, pendant l'instance, peut exercer les droits et actions de la femme, et notamment demander le partage d'une succession à elle échue et tombant dans la communauté. La femme ne peut demander la mise en séquestre de la succession qui lui vient pendant l'instance. 397
835. Bien que la femme ne puisse demander un séquestre ni exiger caution de son mari, même pour la conservation des fruits, les pouvoirs du mari s'en trouvent cependant modifiés ; ainsi la femme peut attaquer les actes consentis par le mari en fraude des droits de la communauté. 398
836. Mais l'article 271 doit être entendu comme l'article 270, d'une façon restrictive. 399
837. L'article 271 n'est pas une dérogation au principe de l'action paulienne, c'en est une application. — On ne saurait donc distinguer, comme pour l'article 270, entre les actes antérieurs et ceux postérieurs à l'introduction de l'instance, mais il faut que l'action ne soit pas éteinte. 399-400
838. Il n'y a pas à distinguer pour l'application de l'article 271 entre les aliénations à titre onéreux ou gratuit, mobilières ou immobilières 400
839. La nullité de l'article 271 peut être invoquée dans le cas de l'article 270. 400-401

§ IX. — DES NULLITÉS.

840. Renvoi. — Division. 401

1° Quand y a-t-il nullité?

841. L'omission des formalités substantielles entraîne seule la nullité de la procédure.—L'omission d'une

N° de l'ouvrage. Pages.

forme non substantielle ne vicie que l'acte où elle s'est produite. 401-402

2° Comment et par qui peut-elle être invoquée?

842. La nullité d'une procédure en divorce est demandée par voie d'appel ou de cassation. — Les époux seuls et le ministère public, dans certains cas, peuvent l'invoquer. (V. *suprà*, 498. 518. 622, 629.). 402
843. La nullité de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil peut être demandée par action nouvelle. 402

CHAPITRE III

Des effets du divorce.

844. Division. 403

SECTION I

Effets du divorce et de la séparation de corps quant aux personnes.

§ I. — EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS EN CE QUI CONCERNE LES ÉPOUX.

845. Article 295. — Travaux préliminaires. 404
846. La femme divorcée continue-t-elle à porter le nom du mari ? 405
847. Suite. 405
848. Suite. 405-406
849. Suite. 406-407
850. Suite. 408
851. Suite. 408-409
852. Suite. 410-411
853. Texte proposé par la Commission du Sénat. . . . 412
854. Suite. — Discussion au Sénat. 412-413
855. Suite. — Retour à la Chambre. 413-414
856. La simple cohabitation ne peut faire revivre le mariage en cas de divorce. 414-415

Nos de l'ouvrage. Pages.

857. L'article 295 n'est pas applicable à la séparation de corps. 415
858. Secondes noces. 415
859. L'empêchement de l'article 296 n'est que prohibitif. 415-416
860. La prohibition des articles 228 et 296 est applicable au cas de nullité de divorce. *Quid* de la femme étrangère divorcée dans son pays, avant le rétablissement du divorce en France? 416
861. Prohibition de mariage entre complices d'adultère. — Suppression de la disposition pénale. . . . 417
862. Suite. 418
863. Suite. 418-419
864. Suite 420
865. L'article 298 en ce qui concerne la prohibition de mariage sera d'une application difficile, parce que dans la pratique le nom du complice peut n'être pas déterminé dans le jugement. 421
866. Mais il suffira que le complice soit désigné dans les motifs pour que la prohibition de mariage puisse être invoquée contre lui.. 421
867. L'empêchement édicté par l'article 298 est simplement prohibitif et ne pourrait être invoqué par le ministère public. 421-422
868. Suite. 422
869. Suite. 423-424
870. Suite. 425
871. L'article 298 n'est pas applicable à la séparation . . 425-426
872. Les époux divorcés continuent à ne pouvoir témoigner en justice dans les affaires ou l'ancien conjoint est partie. 426

§ II. — DES EFFETS DU DIVORCE EN CE QUI CONCERNE LA PERSONNE DES ENFANTS.

873. Article 302. — Cet article est applicable à la séparation de corps. 426
874. Doctrine contraire 427
875. Discussion 428
876. Pouvoir souverain d'appréciation 428
877. L'article 302 est impératif au point de vue de la demande qu'il exige du ministère public ou de la famille 429
878. Mais en cas de conflit entre l'article 302 et le principe de la puissance paternelle, la décision est abandonnée aux tribunaux 429
879. Le pouvoir souverain des juges du fond est tel, au surplus, qu'ils peuvent tenir tel compte que de raison de l'avis du conseil de famille. — L'article 302 exclut l'article 373 429

N° de l'ouvrage. Pages.

880. Suite. — Appréciation souveraine. — Droit de surveillance du père 430
881. Droit de correction. — Droit d'émancipation . . . 431
882. Le plus grand avantage des enfants doit toujours être suivi sans qu'il y ait à s'occuper des différences de religion qui peuvent exister entre le père et la mère 431
883. Suite. — Appréciation souveraine. — Choix de la marraine. — Adultère. — Droit de visite. . . . 432
884. Suite. — Droit de visite. — Garde alternative. — Enfants en bas âge. 433
885. Réserves quant à la désignation amiable ultérieure d'une maison d'éducation. 433
886. Remise des enfants. — Dommages-intérêts moratoires. 433
887. Suite. — Pouvoir du juge. 434
888. Garde des enfants confiée à un tiers. 434
889. Au cas d'accord entre les époux, les juges doivent se borner à sanctionner cet accord. 434
890. Suite. 435
891. Mais la convention des époux est susceptible de modification de la part du juge comme leur propre décision. 435
892. Suite. — Article 303. — La puissance paternelle n'en reste pas moins aux mains du père en principe. . 435-436
893. Droit de surveillance et d'éducation. — Changement de religion. 436
894. Mesure dans laquelle s'exerce la puissance paternelle après le divorce. 437
895. La justice peut restreindre le droit de visite. . . . 438
896. Suite 438
897. Suite. 438-439
898. Suite. — L'époux défendeur n'est pas recevable à se dispenser de sa contribution aux charges d'entretien de l'enfant, en offrant de s'en charger. . . 439
899. La demande formée pour régler judiciairement l'exercice du droit de surveillance n'est pas soumise au préliminaire de conciliation. 440
900 L'acquiescement donné par les époux divorcés à la décision qui statue sur la surveillance et l'entretien des enfants est inopérant. 440
901. Les juges du fond peuvent toujours modifier les mesures qu'ils ont précédemment ordonnées à cet égard. 440
902. D'ailleurs le tribunal peut statuer en réservant pour une époque déterminée le droit de modifier les mesures qu'il a ordonnées. 440
903. Suite. — Demande nouvelle. — Appel. 441
904. Suite. — L'opposition de l'un des époux ne met pas obstacle à ce que les juges confient les enfants à

N° de l'ouvrage. Pages.

une tierce personne et modifient ultérieurement leur décision. 441
905. Enlèvement de l'enfant par l'un des époux. — Influences fâcheuses. — Mauvais exemple. 442
906. Suite. — Abus du droit d'émancipation. 442
907. Les juges qui ont statué sur la garde de l'enfant sont compétents pour statuer sur les dommages-intérêts moratoires. 443
908. Compétence en ce qui concerne la garde des enfants. 443-444
909. Compétence en cas d'urgence. 444
910. Suite. 444
911. Article 312. — Modification sur la loi de 1850. . . . 444
912. Suite. 445
913. Suite. 445

SECTION II

Effets du divorce quant aux biens.

§ I. — BIENS DES ÉPOUX.

914. Article 299. — Texte. — Analogies entre la déchéance de l'article 299 et la révocation des donations pour cause d'ingratitude. 446
915. L'article 299 est-il applicable à la séparation de corps? 447
916. Suite. 448
917. Division 449

1re Question.

918. A quels avantages s'applique l'article 299? — Division 450
919. Pour tomber sous le coup de l'article 299, les avantages matrimoniaux doivent être absolument gratuits 450
920. *Quid* d'une donation déguisée sous la forme d'une communauté universelle? 453
921. *Quid* du cas où une clause du contrat de mariage permet à l'un des époux d'exercer ses reproches, au cas où la dissolution de la communauté survenait autrement que par décès. 455
922. Il faut qu'il s'agisse, pour que l'article 299 soit applicable, de libéralités entre époux; on ne saurait étendre ce texte aux libéralités faites aux enfants, ni à celles que les époux se sont faites avant le mariage. 455
923. *Quid* des legs? 456
924. *Quid* de la pension alimentaire constituée d'avance dans la prévision du divorce?. 456-457

Nos de l'ouvrage. Pages.

946. Juridiction compétente pour accorder à la femme une prorogation de délai 469
947. La présomption résultant contre la femme de l'article 1465 n'est pas *juris et de jure*, mais *jure tantum*, et peut être combattue par de simples présomptions contraires. 469
948. L'acceptation de la communauté par la femme peut être tacite. 470
949. Exemples d'acceptation tacite. 470
950. Suite. 470
951. Suite. — Éléments d'appréciation. 471
952. Suite. — Appréciation souveraine. 471
953. Suite. — Renonciation à la communauté. — Délai. — Point de départ. 472
954. Le délai de l'article 1463 ne commence à courir que du jour où le divorce a acquis l'autorité de la chose jugée. 473
955. *Quid* au cas d'un premier inventaire défectueux? . 473
956. La dissolution de la communauté a lieu du jour de la prononciation du divorce et non du jour de la demande. 473
957. L'article 304 ne s'applique qu'au cas de divorce, l'article 212 restant applicable au cas de séparation de corps. 474
958. Il suffit, pour que la pension alimentaire de l'article 301 soit due, que l'époux divorcé qui y a droit soit dans le besoin. — Éléments d'appréciation 475
959. *Quid* du cas où le tiers des revenus serait insuffisant? 475
960. *Quid* des sûretés que peut ordonner le tribunal pour le service de la pension alimentaire? 476
961. Réduction possible de la pension alimentaire. — La pension alimentaire de l'article 301 est-elle susceptible d'augmentation?. 476
962. L'obligation de payer une pension alimentaire en vertu de l'article 301 est-elle éteinte par la mort du débiteur?. . . . . .
963. *Quid* de la renonciation du créancier?. 477
964. Loi du 20 septembre 1792. 477
965. Délai accordé à la femme divorcée par l'article 174 du Code de procédure pour faire inventaire et délibérer. — Autres exceptions dilatoires. — Exceptions de garantie. 478
966. L'assignation pour accepter ou renoncer à la communauté doit être donnée à la femme dans les trois mois; mais elle n'est pas forcée d'y répondre avant l'expiration de ce délai. 479
967. *Quid* de la jouissance légale des père et mère en cas de divorce? 479
968. L'article 767 ne pourrait être invoqué contre le conjoint simplement séparé de corps. 480

Nos de l'ouvrage. Pages.

§ II. — EFFETS DU DIVORCE QUANT AUX BIENS DES ENFANTS.

969. Article 304. — Débats parlementaires à la Chambre. 480
970. Suite. 489
971. Suite. 491
972. Suite. 492
973. Suite. — Débats parlementaires au Sénat. . . . 494
974. Suite. 494
975. Suite. 499
976. Suite. — L'article 304 ne change rien à l'ordre des successions ni aux avantages stipulés en faveur des enfants dans le contrat de mariage des époux divorcés. 500

CHAPITRE IV

Dispositions additionnelles.— Dispositions transitoires.— Règles particulières à la séparation de corps. — Conversion des séparations de corps en divorces.

SECTION I

Dispositions additionnelles.

977. La reproduction des débats en matière de divorce ou de séparation de corps est interdite. — Application de 1881 sur la presse. 501
978. Suite. — Applicabilité de la présente loi en Algérie et dans les colonies. 503

SECTION II

Dispositions transitoires.

979. Article 4. — Conversion en divorces des séparations de corps pendantes au moment de la présente loi. — Renvoi à l'article 310 503

Nos de l'ouvrage. Pages.

SECTION III

Règles particulières à la séparation de corps.

980. Tout ce que nous avons dit dans notre chapitre premier, relatif aux causes de divorce, s'applique à la séparation de corps. — En matière de séparation de corps, les dérogations aux règles générales de la procédure sont contenues dans les articles 875 et suivants. (*V.* la table des articles.) 980
981. Séparation volontaire. 505
982. Suite. 506
983. Réconciliation 506
984. Suite 507
985. Suite 507
986. Article 311. 507
987. Suite 508
988. Effet rétroactif de la séparation de biens 509

SECTION IV

Conversion de la séparation de corps en divorce.

989 Article 310. — Discussion parlementaire. 511
990. Suite 511
991. Suite. 512
992. Point de départ du délai de 3 ans. — Conversion. . 515
993. Procédure. 516
994. Suite. 517

TABLE DU FORMULAIRE

N°		Pages.
1.	Requête introductive d'instance	519
2.	Procès-verbal de remise des pièces	520
3.	Ordonnance convoquant les parties en conciliation	521
4.	Procès-verbal de non-conciliation	521
5.	Permission de citer	522
6.	Signification de la requête introductive au défendeur. — Assignation pour l'audience à huis clos	523
6 *bis*.	Constitution d'avoué	525
7.	Placet d'audience	525
8.	Avenir pour appeler à l'audience le défendeur qui a constitué avoué	525
9.	Procès-verbal de comparution à l'audience à huis clos	526
10.	Jugement de renvoi à l'audience publique	527
11.	Signification de ce procès-verbal et de ce jugement	527
12.	Notification à avoué des mêmes actes	528
13.	Assignation du défendeur à l'audience publique	529
14.	Jugement d'admission	530
15.	Jugement qui ordonne la preuve	531
16.	Jugement qui admet la demande et statue immédiatement sur le fond sans ordonner la preuve	531
17.	Jugement qui admet le divorce sans enquête	532
18.	Conclusions d'audience tendant à faire rejeter la demande	533
19.	Conclusions opposant des fins de non-recevoir	533
20.	Conclusions tendant à faire rejeter les fins de non-recevoir	534
21.	Jugement rejetant les fins de non-recevoir	535
22.	Jugement admettant la fin de non-recevoir	536
23.	Qualités du jugement interlocutoire par défaut qui ordonne l'enquête	536
24.	Qualités du jugement interlocutoire rendu contradictoirement qui ordonne l'enquête	539
25	Signification à avoué du jugement contradictoire à fin d'enquête	540
26.	Signification au défendeur défaillant du jugement qui ordonne l'enquête	540
27.	Assignation aux témoins	541
28.	Procès-verbal d'enquête	541

N° Pages.
29. Signification de ce procès-verbal. 541
30. Conclusions à fin de divorce après enquête. 542
31. Conclusions d'audience pour faire déclarer le demandeur mal fondé en son action en divorce. . . . 543
32. Jugement qui admet le divorce 543
33. Signification à avoué du jugement de divorce. . . . 544
34. Signification à partie du jugement de divorce. . . 544
35. Requête pour le cas où la demande en divorce se fonde sur une condamnation. 545
36. Assignation pour voir prononcer le divorce après une année d'épreuve. 546
37. Requête pour obtenir l'ordonnance à fin d'assigner lorsque la séparation de corps aura duré trois ans. 547
38. Ordonnance rendue sur la requête qui précède. . . . 548
39. Assignation en vertu de l'ordonnance qui précède . 548
40. Qualité du jugement contradictoire qui admet le divorce après enquête. 549
41. Sommation à la partie défenderesse d'assister à la prononciation du divorce. 550
42. Acte de divorce. 550
43. Mention en marge de l'acte de mariage des époux divorcés. 552

ERRATA

Pages 42, n° 71, *au lieu* de défendeur, *lisez* demandeur. « La connaissance qu'en a le demandeur. »

— 81, n° 133, *à* « quand nous disons que les faits injurieux », *ajoutez* antérieurs au mariage.

— 94, *lisez* n° 155, *au lieu* de 155.

— 98, n° 164, *au lieu* de « ne peut poursuivre son action s'il n'y est autorisé par le *président* », *lisez* s'il n'y est autorisé par le *tribunal*.

— 156, *au lieu* de § III, *lisez* § II.

— 192, n° 370, *in fine*, *au lieu* de Caen, 2 août 1454. *lisez*, 2 août 1854.

— 198, n° 383, *à* « pour faits de dissolution », *ajoutez* des mœurs.

— 208, n° 409, *lisez* débuts de la jurisprudence, *au lieu* de débats.

Paris, imp. Tolmer et Cie, 3, rue de Madame. — Succursale à Poitiers. — 162

7 Ab 3
1/16/06